00078703

Digitized with financial assistance from the
Government of Maharashtra
on 18 July, 2018

LE

# DROIT CIVIL FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE CIVIL.

## LIVRE DEUXIÈME.

### DES BIENS ET DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ.

## TITRE PREMIER.

### DE LA DISTINCTION DES BIENS.

### NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

1. Objets de la jurisprudence; comment elle considère les personnes et les choses.
2. Ce qu'on entend par le mot *choses*.
3. Différence des choses et des biens.
4. A quoi se réduit ce qu'on peut dire sur les biens
5. Les distinctions des biens varient suivant les mœurs et les lois.
6. Elles sont aujourd'hui réduites à deux principales.
7. Ce qu'on entend par biens corporels,
8. Et par biens incorporels.
9. Division des biens corporels ou incorporels, en meubles et immeubles.

1. Les jurisconsultes divisent les objets de la jurisprudence en trois grandes classes: les personnes, les choses et les actions (1).

Mais la jurisprudence considère les personnes et les choses sous un point de vue qui lui est particulier, et qui la distingue des autres sciences. Elle ne considère, dans les personnes, que leurs droits et leurs devoirs. Les droits particulièrement attachés aux personnes sont l'objet du premier livre du Code. Elle ne considère également dans les choses que les droits que l'homme y peut acquérir.

2. On comprend sous le mot de *choses* tout ce qui peut devenir l'objet d'un droit ou d'une obligation, tout ce qui peut appartenir à

(1) *Leg.* 1, *ff. de Stat. hom. Inst. de jure nat.*, § 12.



00078703

quelqu'un, tout ce qu'on peut posséder, tout ce dont l'homme peut retirer quelque utilité, quelque avantage, quelque agrément.

L'homme lui-même, dans les pays où l'esclavage est admis, les actions de l'homme, ses droits, en tant qu'ils peuvent devenir l'objet d'un autre droit, sont compris sous la dénomination de *choses*.

Les actions qui, sous un autre point de vue, font le troisième objet de la jurisprudence, sont au nombre des choses, quand on les considère comme un droit appartenant à l'homme, comme faisant partie de ses biens. Elles ne sont séparées des choses, elles ne forment un troisième objet de la jurisprudence, que lorsqu'on les considère comme une manière de procéder en justice et de poursuivre un droit devant les tribunaux.

3. Les choses et les biens ne sont point, en jurisprudence, des expressions synonymes. La première est plus étendue et plus générale; elle comprend toutes les choses qui existent et qui peuvent être à l'homme de quelque utilité, quoiqu'il ne les possède pas, quoiqu'elles ne fassent point encore partie de son patrimoine.

Ainsi, l'on met au rang des choses et non des biens, l'air, la mer, les terres désertes, les animaux sauvages, parce qu'ils ne sont possédés par personne.

La dénomination de biens ne comprend que les choses qu'on possède, les choses qui font partie de notre patrimoine, comme une maison, un champ, un cheval, etc.; car ce n'est que par la possession qu'on en a prise que les choses prennent la qualité de biens (*a*).

En un mot, les choses sont tout ce que l'on peut posséder, les biens tout ce que l'on possède.

4. Tout ce qu'on peut dire sur les biens se réduit à ces trois points :

1° Nature des biens, et leurs différentes espèces ou leurs divisions;

2° Nature des droits qu'on peut acquérir sur ces biens, et division de ces droits;

3° Moyens d'acquérir, de perdre et de conserver ces droits.

Tels sont aussi l'ordre et la marche du Code.

Le titre premier du second livre traite de la distinction des biens;

Le second, le troisième et le quatrième, de la nature des droits qu'on peut acquérir sur les biens;

Et le troisième livre tout entier, des différentes manières d'acquérir, de perdre ou de conserver ces droits.

---

(*a*) On peut dire aussi que la dénomination de biens s'applique aux choses considérées comme objet du droit, ou par rapport à l'utilité que l'homme peut en retirer. Sur l'étymologie du mot biens, *V.* la loi 49, *ff. de verb. signif.*

5. Comme les droits qu'on peut acquérir sur les biens varient presque à l'infini, suivant les mœurs et les institutions de chaque nation, les divisions ou les distinctions des biens y sont aussi différentes que leurs lois ou leurs usages. Plus la législation est compliquée, plus se compliquent et se multiplient les divisions et les subdivisions des biens. Elles n'étaient plus les mêmes à Rome sous Justinien, que sous les premiers empereurs.

Elles ne sont point les mêmes en France qu'en Angleterre et chez les autres peuples qui nous avoisinent.

6. Dans notre nouvelle législation, elles ne sont plus les mêmes que sous l'ancienne. La suppression du régime féodal, celle des propres, des dîmes, des bénéfices, des offices héréditaires, etc., ont, en ce point, beaucoup simplifié notre jurisprudence; et les distinctions des biens sont aujourd'hui réduites à deux principales, qui sont fondées sur la nature des choses.

L'une est en biens meubles et immeubles; c'est celle qui est adoptée par l'art. 516 du Code.

Mais cette division a le défaut de ne pas comprendre tous les biens; ce n'est qu'à l'aide d'une disposition particulière de la loi qu'on peut ranger certaines espèces de biens dans l'une de ces deux classes.

L'autre est en biens corporels et incorporels. Cette division des biens est la plus générale, la plus exacte, la plus propre à faire connaître leur véritable nature (*a*).

7. On entend par biens *corporels* tous ceux qui peuvent être aperçus par les sens, ceux qu'on peut voir et toucher, comme une maison, un champ, un livre, de l'or, des bijoux, etc.

8. Les biens incorporels sont ceux qui ne s'aperçoivent que par l'entendement, et qui ne frappent point les sens, parce qu'ils n'ont pas de corps : tels sont tous ceux qui ne consistent que dans un droit; par exemple, une obligation, le droit de succession, celui d'usufruit, les servitudes ou droits fonciers, le droit même de propriété.

Il n'importe que ces droits s'exercent sur une chose corporelle qu'on peut toucher ou saisir, ils n'en sont pas moins incorporels : car il ne faut pas confondre les droits avec la chose qui en est l'objet; leur essence ne consiste que dans la faculté légale de revendiquer cette chose, de la posséder, de s'en approprier l'usage en tout ou en partie; et cette faculté ne tombant point sous les sens, est incontes-

(*a*) V. la *Coutume de Paris*, art. 88, et pour les pays de droit écrit, *Institutes de Serres*, liv. 2, tit. 2.

tablement incorporelle. Ainsi, les biens incorporels ne sont que des êtres purement abstraits, qui n'existent que dans notre esprit, qui n'ont de réalité que dans notre entendement.

Une rente de 300 fr. est un bien incorporel; car, quoique l'argent qui en provient soit une chose corporelle, la rente en elle-même ou le droit d'exiger cet argent, est une chose incorporelle qu'on ne peut ni voir ni toucher.

9. Les choses corporelles se subdivisent naturellement en biens meubles et immeubles. On appelle meubles ceux qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit par eux-mêmes, comme les êtres animés, soit par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées; et immeubles, ceux qui ne peuvent se transporter sans être détériorés, comme des maisons, des fonds de terre, etc.

Les choses incorporelles ne sont de leur nature ni meubles ni immeubles; mais par une détermination de la loi, elles sont censées être de l'une ou de l'autre de ces qualités, suivant la nature de la chose corporelle qu'elles ont pour objet.

Il y a aussi des choses corporelles, meubles de leur nature, qui sont mises au rang des meubles; et, au contraire, des immeubles qui sont mis au rang des immeubles; c'est ce qui est expliqué dans les premier et deuxième chapitres de ce titre.

## CHAPITRE PREMIER.

### *Des immeubles.*

SOMMAIRE.

10. Pourquoi il faut savoir distinguer les meubles des immeubles.
11. Biens immeubles par leur nature.
12. Biens que la loi répute immeubles, récoltes, arbres, etc.
13. Les animaux livrés aux fermiers pour la culture, et autres objets placés pour l'exploitation du fonds.
14. Les mines et les choses servant à leur exploitation.
15. Objets attachés à perpétuelle demeure, et quand ils sont censés l'être.
16. Des choses placées par les fermiers ou usufruitiers
17. Usufruit, servitudes et actions immobilières.

10. La distinction des biens en meubles et en immeubles était plus importante sous notre ancienne législation que sous la nouvelle. La succession des meubles et celle des immeubles n'étaient pas réglées par les mêmes lois; la manière de les partager était différente, et souvent les héritiers aux meubles n'étaient pas héritiers aux immeubles.

Les immeubles étaient soumis au douaire, au retrait lignager, aux réserves coutumières; les meubles ne l'étaient pas.

Il est cependant encore très important aujourd'hui de distinguer les meubles des immeubles. Les meubles qui appartiennent aux conjoints au moment de leur mariage, et ceux qu'ils acquièrent depuis par succession (*a*), entrent dans la communauté conjugale; les immeubles n'y entrent pas.

Les immeubles sont susceptibles d'hypothèques; les meubles ne le sont pas : ils ne sont susceptibles que du gage ou du nantissement. Les saisies des meubles et celles des immeubles sont assujetties à des règles différentes (*b*).

Il arrive souvent qu'une personne lègue tous ses meubles; et, pour connaître l'étendue du legs, il faut savoir ce qui est compris sous cette expression.

Enfin, dans le transport de la propriété ou de l'usufruit d'un héritage ou d'une maison, il faut savoir quels sont les meubles qui doivent y rester attachés et qui suivent le transport du fonds, comme en faisant partie.

C'est pour nous guider dans la décision des questions particulières que présentent les différens cas, qu'est établie la distinction des meubles et des immeubles.

11. Les biens sont immeubles par leur nature, par accession (*c*), par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent (article 517).

Les fonds de terre et les bâtimens (518), les moulins à vent ou à eau établis sur le sol ou sur piliers fixes (519) (*d*) sont immeubles par leur nature, lorsqu'ils ont été bâtis par le propriétaire du fonds (*e*); il en est de même des arbres qui ne sont pas destinés à être coupés ou abattus; ils font partie du fonds pendant qu'ils y sont attachés.

---

(*a*) Ou par donation (art. 1401, 1°). — (*b*) L'expression *nantissement* est générique et comprend à la fois l'antichrèse et le gage. L'antichrèse est le nantissement des choses immobilières; le gage celui des choses mobilières (art. 2072). — (*c*) L'auteur a sans doute voulu faire allusion aux objets dont il est parlé aux art. 552 et suiv. Mais ces objets rentrent dans les deux premières catégories d'immeubles établies par l'art. 517. — (*d*) L'article 519 semble exiger, pour qu'un moulin soit immeuble, qu'il réunisse deux conditions, *qu'il soit fixé sur piliers et qu'il fasse partie d'un bâtiment*, mais je ne pense pas qu'il faille interpréter cet article à la rigueur. Raisonnablement une seule de ces conditions doit suffire. On ne comprendrait pas en effet qu'un moulin, faisant partie d'une maison, ne fût pas immeuble parce qu'il ne serait pas fixé sur piliers. Il y a plus : l'article 531 déclare meubles les moulins sur bateaux, et généralement toutes usines non fixées sur piliers, et ne faisant point partie de la maison, c'est-à-dire, comme la construction de la phrase le prouve, toutes usines qui ne se trouvent point dans l'une ou l'autre circonstance : cela démontre clairement que le législateur n'a entendu exiger, pour reconnaître à un moulin la qualité d'immeuble, que l'une des conditions indiquées. — (*e*) Il en est de même s'ils sont bâtis par un tiers, sauf l'indemnité qui peut être due à celui-ci, ou la faculté de les enlever (*V.* art. 555).

S'ils sont vendus, ils deviennent meubles entre les mains de l'acquéreur, parce qu'ils sont destinés à être abattus. L'art. 521, qui porte que les bois de futaie ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure qu'ils sont abattus, s'entend du cas où ils sont dans la main du propriétaire du fonds ou de l'usufruitier. Il a pour objet d'établir une règle entre le propriétaire qui succède, ou à un autre propriétaire, ou à un usufruitier.

Il en serait de même si, dans un partage, on donnait à l'un le fonds d'une futaie, et à l'autre les arbres qui composent la surface. Ces arbres étant dès lors destinés à être abattus, deviennent meubles, et perdent même le nom d'arbres: ce ne sont plus que des bois.

12. La loi répute immeubles les récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres non encore recueillis.

Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, quoique non enlevés, ils sont meubles.

Si une partie seulement de la récolte est coupée, ou une partie des fruits détachée, cette partie seule est meuble (520).

Les coupes ordinaires des bois taillis ou des futaies, mises en coupes réglées, ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus (521).

Mais par une exception à la règle, si les coupes de bois qui pouvaient être faites durant la communauté conjugale ne l'ont point été, il en est dû récompense à l'époux non propriétaire du fonds, ou à ses héritiers (1403).

Il faut remarquer que les fruits ou les récoltes d'un fonds ne sont censés en faire partie et réputés immeubles, que lorsqu'ils sont compris dans le transport de la propriété ou de l'usufruit de ce fonds, ou dans la saisie d'un corps immobilier dont ils font partie.

Mais rien ne s'oppose à ce qu'ils soient vendus sans fraude ou saisis à part, et indépendamment du fonds même; et la vente seule des fruits pendans n'est point sujette à la transcription (1).

Les fruits échus depuis la dénonciation au saisi, sont immobilisés (2) pour être distribués, avec le prix de l'immeuble, par ordre d'hypothèque (Code de procédure, 689) (*a*).

---

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 19 vendémiaire an XIV, Sirey, an XIV, page 70; autre arrêt du 26 janvier 1808; Denevers, 1808, page 63. — [Ajoutez, Cass. 8 mars 1820; Sirey, 20, 1, 217, *id.* 21 juin 1820 (Journ. du Palais, à sa date).] — (2) Un arrêt du 17 mars 1807, rapporté par Sirey, an 1807, pages 165 et 166, a décidé que les revenus des biens abandonnés par un failli à ses créanciers, échus depuis la faillite, avaient pu, sans violer aucune loi, être réputés meubles; mais il s'agissait d'un arrêt rendu avant la promulgation du Code de procédure. — (*a*) *V.* l'art 682 du Code de procédure, modifié par la loi du 2 juin 1841.

13. « Les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier « ou au métayer pour la culture, estimés ou non, sont censés immeu- « bles, tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la con- « vention.

« Ceux qu'il donne à cheptel à d'autres qu'au fermier ou métayer « sont meubles (522).

« Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le ser- « vice et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destina- « tion (524). » Tels sont :

Les animaux attachés à la culture (*a*), les ustensiles aratoires, les semences (1), lorsque ces objets ont été donnés à des fermiers ou à des colons partiaires (*b*);

Les pigeons des colombiers, les lapins de garennes, les poissons des étangs; et non pas les pigeons des volières, les lapins privés élevés dans les clapiers, les poissons mis en réservoir;

Les ruches à miel (2);

Les pailles et engrais; mais non pas les foins, qui sont une récolte, et dont l'art. 524 ne parle point (*c*);

Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes placés pour le service et l'exploitation du fonds. Il en est autrement des chaudières et des alambics des distillateurs : les cuves et tonnes des marchands de vin ou de cidre ne sont point également immeubles par destination; il faut pour cela que ces objets aient été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation d'un fonds.

Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines, sont immeubles par destination (524);

Les échalas auxquels les vignes sont attachées, ou qui n'en ont été séparés que pour les conserver pendant l'hiver, sont immeubles; mais non ceux qui auraient été nouvellement amenés et qui n'ont point encore servi (3).

---

(*a*) Cette disposition ne doit pas être restreinte aux animaux employés aux travaux de culture et d'exploitation; elle s'étend aux bestiaux dont l'engrais est nécessaire pour féconder les terres. Bordeaux, 14 décembre 1829; Sirey, 30; 2, 70. Les animaux achetés pour être revendus après avoir été engraissés ne sont pas immeubles. Duranton, tome 4, n° 56.—(1) Contraire à l'ancienne jurisprudence. *V.* Pothier, *des Choses*, page 507; Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 2, page 68, n° 15. — (*b*) Et non lorsqu'ils ont été apportés par les fermiers. Ces mêmes objets seraient immeubles si le propriétaire cultivait par lui-même *V.* le principe général énoncé au paragraphe précédent; et la discussion de l'art. 8 de la loi sur les mines. Locré, tome 9, page 460, 461, et 481. — (2) *V.* le *Code rural* du 6 octobre 1791, *tit.* 1^er^, sect. 3, art. 3. — (*c*) L'on doit considérer comme immeubles les foins nécessaires à la nourriture des bestiaux employés à la culture. *Sic* Duranton, tome 4, n° 67. — (3) *V.* Pothier, *des Choses*, page 509 et 510. *Leg.* 17, § 11. *ff. de Act. empt.*

14. Les mines sont immeubles.

Sont aussi immeubles les bâtimens, machines, puits, galeries et autres travaux établis à demeure.

Sont aussi immeubles par destination, les chevaux, agrès, outils et ustensiles servant à l'exploitation.

On ne considère comme attachés à l'exploitation que les chevaux exclusivement attachés aux travaux intérieurs des mines (1).

15. Enfin, le Code déclare immeubles par destination tous les effets mobiliers par leur nature, que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure (524), tels que les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage (523).

Les objets sont censés mis à perpétuelle demeure, quand ils sont scellés en plâtre, ou à chaux ou à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être détériorés ou fracturés, ou sans briser et détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés.

Les glaces d'un appartement, les tableaux et autres ornemens, sont mis à perpétuelle demeure, lorsque le parquet sur lequel ils sont attachés fait corps avec la boiserie (*a*).

Quant aux statues, elles ne sont immeubles que lorsqu'elles ont été placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, quoiqu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration (525) : d'où il suit que celles qui sont placées sur des piédestaux dans les maisons, cours et jardins, conservent la qualité de meubles (*b*).

16. Observez qu'il n'y a que les choses placées à perpétuelle demeure, ou réputées telles, qui soient immeubles, et censées faire partie d'un héritage ou d'une maison. Ainsi, les choses placées par un locataire ou par un usufruitier, n'en font point partie; personne n'étant présumé donner, ils sont censés ne les avoir placées que pour en jouir pendant la durée du bail ou de l'usufruit, et ils peuvent les

(1) Art. 8 de la loi du 21 avril 1810, concernant les mines, etc.—[Les minéraux extraits sont meubles, loi 21 avril 1810, art. 8 et 9. — La vente des minéraux non encore extraits, mais destinés à l'être, est une vente de meubles. Réq. rej., 29 mars 1816; Sirey, 17, 1, 7.]— (*a*) D'après la jurisprudence qui tend à s'établir, il n'est pas nécessaire, pour que des glaces soient réputées immeubles, qu'elles soient attachées à un parquet qui fasse corps avec la boiserie; il suffit qu'il soit constant que le propriétaire a eu l'intention de les placer à perpétuelle demeure. *V.* Paris, 10 avril 1834; Sirey, 34, 2, 223. Paris, 11 avril 1840; Journ. du Palais, tome 1, 1840. p. 701; *id.* 19 juin 1843; Journ. du Palais, tome 2, 1843, page 143; *secùs* Paris, 20 février 1833; Sirey, 34, 2, 80. — (*b*) Cette dernière solution est trop rigoureuse. L'art. 525 n'est point rédigé en termes restrictifs, en cette matière surtout, si le propriétaire du fonds y a placé certains objets à perpétuelle demeure. Or, en partant de cette idée, il est impossible d'admettre que des statues placées sur des piédestaux, dans des maisons, cours ou jardins, ne soient pas immeubles Il manquerait quelque chose aux jardins, etc., si ces statues étaient enlevées

enlever en réparant les dégradations occasionnées par l'enlèvement (599) (*a*).

17. La loi répute immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent, l'usufruit des choses immobilières, les servitudes ou droits fonciers, les actions qui tendent à revendiquer un immeuble (526).

## CHAPITRE II.

### *Des meubles.*

SOMMAIRE.

18. Quelles choses sont meubles par leur nature.
19. Des matériaux provenus de la démolition d'un édifice.
20. Quelles choses sont meubles par la détermination de la loi.
21. Des rentes viagères, perpétuelles et foncières.
22. Quelles rentes et actions peuvent être immobilisées, et comment.
23. Différences des mots *meubles*, *meubles meublans*, etc.
24. Ce qu'il y a de réel dans ces différences.
25. Quand le mot meuble, employé seul, reprend sa signification générale.
26. Quels meubles comprend la vente ou le don d'une maison meublée.

18. « Les biens sont meubles par leur nature, ou par la détermi-
« nation de la loi (527).

« Sont meubles par leur nature, les corps qui peuvent se trans-
« porter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes,
« comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que
« par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées (528).

« Ainsi, sont meubles par leur nature, les bateaux, bacs, navires,
« moulins et bains sur bateaux, et généralement toutes usines non
« fixées par des piliers, et ne faisant point partie de la maison (531). »

19. Les matériaux provenus de la démolition d'un édifice perdent la qualité d'immeubles qu'ils avaient, lorsqu'ils en faisaient partie, et reprennent leur nature de meubles (532);

Mais ils conservent la qualité d'immeubles, s'ils n'ont été séparés de l'édifice que momentanément, et pour y être replacés; par exemple, si, voulant élever sa maison, le propriétaire fait désassembler la charpente et la couverture : les bois et les ardoises qui auront été séparés pour un moment, conservent, pendant ce temps, leur qua-

(*a*) Toutefois, comme le remarque Pothier, *Traité de la communauté*, nº 37, à l'égard des échalas, quoiqu'ils aient été placés dans la vigne par un usufruitier ou un fermier, ils ne laissent pas d'y être réputés placés pour perpétuelle demeure, et faire en conséquence partie de la vigne; l'usufruitier et le fermier, étant en leur qualité d'usufruitier ou de fermier, obligés d'entretenir la vigne d'échalas, et d'y laisser à la fin du bail ou de l'usufruit ceux qu'ils y ont mis, *V* aussi Ferrière, sur la *Coutume de Paris*, 1-1363.

lité d'immeubles; il en est de même des matériaux qu'on est obligé de séparer de la maison pour la réparer.

Il en serait autrement des matériaux qui n'y auraient point encore été employés. Ces matériaux, quoique amenés sur le lieu, quoique taillés, conservent leur nature de meubles, jusqu'à ce qu'ils aient été employés et posés dans le bâtiment.

C'est de cette manière qu'on doit entendre l'article 532, dont la disposition se trouve ainsi conforme à l'ancienne jurisprudence et au droit romain (1).

20. Les meubles, par la détermination de la loi, sont :

1° Les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers (529). Il en est de même des obligations qui ont un fait pour objet;

2° Les actions ou intérêts dans les compagnies de finances, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies.

Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société.

21. 3° Les rentes, soit viagères, soit perpétuelles, de quelque manière qu'elles aient été constituées, soit à prix d'argent, ou, ce qui est la même chose, pour le prix de la vente d'un immeuble, soit comme condition de transport ou de la concession d'un fonds immobilier (529, 530).

Le contrat par lequel on concédait un héritage, sous la réserve d'une rente annuelle soit en argent, soit en denrées, était autrefois d'une nature particulière, que des jurisconsultes d'un mérite éminent (2) ont développée, *ex professo*, dans des traités très savans. Ce contrat se nommait *bail à rente*. La rente s'appelait *foncière;* elle avait un caractère entièrement différent des rentes créées à prix d'argent, qui ne pouvaient affecter l'héritage sur lequel elles étaient assignées, que par une simple hypothèque. Les rentes foncières, au contraire, étaient un droit réel, *jus in re*, qui n'était pas rachetable de sa nature, parce qu'on ne peut être contraint de vendre sa propriété; c'était une charge imposée à l'héritage dont le possesseur ne pouvait se libérer qu'en abandonnant le fonds. On appelait cet abandon *déguerpissement*.

---

(1) *Infixa et inædificata pars ædificiorum esse videntur.* Leg. 21, *ff. de Instruct. vel instrum. legat. Ea quæ ex ædificio detracta sunt ut reponantur, ædificii sunt: at ea quæ parata sunt ut imponantur, non sunt ædificii.* Leg. 17, § 10, *ff. de Act empt.*, 19. 1. Pothier, *Traité des choses*, page 517. — [Les matériaux provenus d'une démolition sont meubles, même au cas où l'édifice n'est démoli que dans la vue d'une construction nouvelle à laquelle doivent être employés les matériaux. Lyon, 23 décembre 1811; Sirey, 13, 2, 307. — (2) Loyseau et Pothier.

En un mot, cette rente était considérée comme une délibération de l'héritage, comme la rétention d'une partie de la propriété.

Pour simplifier notre législation, le Code en a rejeté le bail à rente. Les rentes foncières qui en dérivaient n'ont plus aujourd'hui de caractère particulier; toutes les rentes sont de la même nature : ce ne sont que des créances qui n'affectent les héritages sur lesquels elles sont assignées que par hypothèque, lorsqu'elles sont créées à prix d'argent, ou par un acte de libéralité, et par privilége, lorsqu'elles sont le prix du transport d'un fonds.

Ce changement important et remarquable retranche de notre jurisprudence française une branche extrêmement compliquée, qui faisait naître une infinité de procès et des questions très subtiles.

N'étant plus que des créances, les rentes qui sont le prix du transport d'un héritage sont essentiellement rachetables (530), par la raison qu'un débiteur est toujours le maître de se libérer.

Cependant, comme les termes et les conditions de la libération peuvent intéresser le créancier aussi bien que le débiteur, il est permis à celui qui crée une rente pour le *prix* de la vente, ou pour *condition du transport* d'un immeuble, de régler les clauses, les conditions et le terme du rachat, sans que ce terme puisse excéder trente ans. Toute stipulation contraire serait nulle, suivant l'art. 530, qui déroge en cela à la loi du 29 décembre 1790, tit. 1^er^, art. 1^er^, laquelle permettait les baux à rente pour quatre-vingt-dix-neuf ans. Elle permettait aussi les baux à vie, même sur plusieurs têtes, pourvu qu'elles n'excédassent pas le nombre de trois.

22. Par une exception à la règle générale, les rentes sur l'État et les actions de la Banque de France peuvent être immobilisées pour les faire admettre dans la formation d'un majorat. Cette immobilisation se fait alors dans la forme réglée par le décret du 16 janvier 1808, art. 7, et par celui du 1^er^ mars suivant (art. 2) (*a*).

23. Le mot *meubles*, dans son acception la plus étendue, comprend, en général, tout ce qui n'a point le caractère d'immeubles, soit par sa nature, soit par la destination de la loi.

Néanmoins, comme dans l'usage on distingue entre ces expressions : *meubles*, *meubles meublans*, *biens meubles*, *mobilier*, *effets mobiliers*, le Code a voulu en fixer le sens par des dispositions positives.

Suivant l'art. 533, « le mot *meubles*, employé *seul* dans les dispo- « sitions de la loi ou de l'homme, sans autre *addition* ni *désignation*,

(*a*) Cette exception a été étendue aux actions des compagnies d'Orléans et de Loing. Décret du 16 mars 1810 (art. 13)

« ne comprend pas l'argent comptant, les pierreries, les dettes ac-
« tives, les livres, les médailles, les instrumens des sciences, des
« arts et métiers, le linge de corps, les chevaux, équipages, armes,
« grains, vins, foins et autres denrées; il ne comprend pas aussi ce
« qui fait l'objet d'un commerce. »

Tout ce qui n'est point excepté dans l'énumération des objets indiqués par cet article, est compris sous l'expression de *meubles*, employée seule et sans addition; tels sont l'argenterie, le linge autre que le linge de corps, etc.

Suivant l'art. 534, « les mots *meubles meublans* ne comprennent
« que les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des apparte-
« mens, comme tapisseries, lits, siéges, glaces, pendules, tables,
« porcelaines et autres objets de cette nature.

« Les tableaux et les statues qui font partie des meubles d'un ap-
« partement y sont aussi compris, mais non les collections de ta-
« bleaux qui peuvent être dans les galeries ou pièces particulières.

« Il en est de même des porcelaines : celles seulement qui font
« partie de la décoration d'un appartement sont comprises sous la
« dénomination de *meubles meublans*. »

Enfin, suivant l'art. 535, « l'expression *biens meubles*, celle de
« *mobilier* ou *d'effets mobiliers*, comprennent généralement tout ce
« qui est censé meubles (dans l'acception la plus étendue de ce mot),
« d'après les règles ci-dessus établies. »

24. Il est certain que l'expression de *meubles meublans*, dans le sens naturel et grammatical, aussi bien que dans l'usage, a une acception plus circonscrite que celle de *meubles* ou de *biens meubles*.

L'épithète de *meublans* n'est évidemment ajoutée que pour limiter le sens trop étendu du mot *meubles*, et pour le restreindre à ceux qui servent à meubler les appartemens.

Mais il n'en est pas ainsi de la différence qu'on a cru trouver entre l'expression de *meubles*, employée seule, et celle de *biens meubles*, de *mobilier* ou *d'effets mobiliers*.

Le mot *meubles*, quoique employé seul, comprend, dans son acception générale et naturelle, tout ce qui est meuble ou censé meuble, comme le prouve la rubrique du titre et les art. 527 et suivans. Il avait la même étendue dans le texte de nos coutumes, et l'on ne trouve dans le Code aucune disposition où il soit employé dans le sens limité dont parle l'art. 533. L'usage de lui donner, quand il est employé seul, une acception moins étendue qu'à l'expression de *biens meubles*, paraît manifestement venu de l'abus ancien et invétéré de cumuler inutilement dans les actes beaucoup de termes qui n'ont que la même signification. En voyant dans un acte, je donne *mes*

*meubles;* dans un autre, *tous mes meubles;* dans un troisième, *mes biens meubles;* dans un quatrième, *mon mobilier* ou *mes effets mobiliers*, on s'imagina qu'il y avait de la différence dans le sens de ces expressions. On pouvait prétendre, par exemple, que les obligations et autres droits incorporels ne sont pas compris sous la simple expression de meubles, puisqu'ils ne sont de leur nature ni meubles ni immeubles. Des contestations furent portées devant les tribunaux; les compilateurs recueillirent leurs décisions, d'après lesquelles les jurisconsultes essayèrent d'établir une théorie, sans néanmoins pouvoir s'accorder, parce que les principes qu'ils posaient n'étaient point fondés sur la nature des choses. Ainsi nos jurisconsultes bretons (1) n'attachaient point au mot *meubles*, employé seul, les mêmes idées que les jurisconsultes de Paris. Le Code a préféré la doctrine de ces derniers. Il eût peut-être été plus sage de terminer toutes les disputes, en rendant au mot *meubles* sa signification naturelle. On n'aurait plus disputé sur le mot, tandis que la disposition de l'art. 533 laisse encore subsister des doutes, comme l'a observé M. Maleville.

25. Par exemple, si le mot *meubles* était mis en opposition à celui d'*immeubles*, il reprendrait son acception naturelle et générale, comme si je donnais mes *meubles* à Jean et mes immeubles à Pierre.

Ce n'est qu'à regret que le Code s'est écarté du sens naturel de ce mot; il exige qu'il soit employé *seul*, et sans *addition* ni *désignation*, pour en limiter la signification aux meubles indiqués par l'art. 533. La moindre addition rendrait à ce mot toute l'étendue de sa signification; si l'acte portait : Je donne tous mes meubles, sans indication du lieu où ils sont situés, tout ce qui est mobilier serait compris dans cette disposition.

26. Mais la vente d'une maison meublée ne comprend que les meubles meublans (535); et la vente ou le don d'une maison, avec *tout ce qui s'y trouve*, ne comprend pas l'argent comptant ni les dettes actives et autres droits, dont les titres peuvent être déposés dans la maison; tous les autres effets mobiliers y sont compris.

## CHAPITRE III.

### *Des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent.*

SOMMAIRE.

27. Des choses qui n'appartiennent à personne.
28. Le Code s'occupe des biens susceptibles de propriété.
29. Ces biens peuvent être possédés par des particuliers ou par des corps.

(1) *V.* Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 2, page 59. no 8.

30. Du grand corps de l'état, et du domaine public ou national.
31. Des rivages de la mer.
32. Des autres biens appartenant à l'état.
33. Il ne faut pas les confondre avec les finances
34. Ce que c'est que le domaine éminent.
35. Il ne faut pas confondre le domaine de l'état avec celui du Roi.
36 Choses qui sont ou ne sont pas susceptibles de propriété privée.
37. Les ports, havres et rades n'en sont pas susceptibles.
38. Les autres dépendances du domaine public le sont; mais les unes sont dans le commerce, les autres non.
39. Quels biens sont ou ne sont pas dans le commerce.
40. Les biens hors du commerce ne peuvent être vendus ni prescrits.
41. Les biens du domaine public, qui sont dans le commerce, peuvent être vendus ou prescrits.
42. Comment ils peuvent être vendus; irrévocabilité des ventes.
43 Les tribunaux jugent les questions de propriété entre l'état et les particuliers.
44. De l'ancien clergé de France et de ses biens.
45. Les corps ecclésiastiques ne peuvent posséder ni acquérir des biens.
46. Les édifices servant au logement des évêques, curés, etc., ne sont pas des propriétés ecclésiastiques.
47. Ce qu'on entend par communes.
48. Quand les habitans d'un village forment une commune.
49. Les communes peuvent posséder des biens.
50. Ces biens sont dans ou hors le commerce, communaux ou patrimoniaux
51. Comment ces biens peuvent être aliénés ou affermés.
52. Qui doit juger les contestations élevées sur les baux.
53. Comment les communes peuvent transiger.
54. Comment elles peuvent plaider, suivre un appel ou se pourvoir en cassation.
55. La nullité des jugemens rendus sans autorisation est absolue.
56. Des contestations entre des sections de communes.
57. Les actions sont suivies à la diligence du maire ou d'un syndic.
58. On ne peut plaider contre les communes sans autorisation.
59. Qui doit juger les contestations relatives aux biens communaux.
60. Les communes sont soumises aux mêmes prescriptions que les particuliers
61. Lois et décrets sur les biens nationaux; importance de ces lois.
62. Biens des particuliers. Renvoi.

27. En considérant les biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent, il faut d'abord distinguer les choses qui ne sont pas susceptibles de propriété, qui n'appartiennent à personne, et dont l'usage est commun à tous (714). Ce sont ces choses que les jurisconsultes rômains appelaient communes, *res communes*. Tels sont l'air, les eaux courantes, la mer, les coquillages, les poissons, les animaux sauvages, *etc.* (1).

(1) § 1, *Instit. de Rerum div.* et *ibi* Heinec.; Blackstone, *Commentaries*, etc., tome 2, pages 14 et 18, édition in-8o, Londres, 1783; les *Observations* de la Cour d'appel de Paris, sur le *Projet* de Code, page 7. *V. infrà*, art. 475 et suiv. — [ Le droit romain n'avait pas compris parmi les choses communes les coquillages, les poissons et les animaux sauvages. Le § 12 du tit. 1er, liv. 2, des *Instit.* dit seulement que ces objets n'appartiennent à personne : *Quod enim antè nullius est.* Ajoutons qu'il est difficile de leur appliquer la disposition de l'art. 714.

Des lois de police règlent la manière de jouir de ces choses (714), qu'il ne faut pas confondre avec les dépendances du domaine public, dont parle l'art. 538.

28. Le Code s'occupe plus particulièrement des choses qui sont susceptibles d'une propriété publique ou privée.

29. Ces biens peuvent être possédés par des particuliers, par des corps ou par des établissemens publics.

30. Le premier de tous les corps, celui qui renferme tous les autres, c'est le grand corps de la nation, désigné communément sous le nom d'État ou sous le nom de République, *res publica*, qu'il ne faut pas confondre avec la démocratie.

Le mot empire a une acception différente et plus étendue. Un empire peut être composé de plusieurs nations, de plusieurs états, comme l'empire de Russie, l'empire d'Allemagne.

On appelle domaine national ou domaine public tous les biens qui appartiennent à la nation ou à l'État.

« Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et « rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la « mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les « portions du territoire national, qui ne sont pas susceptibles d'une « propriété privée, sont considérés comme des dépendances du do- « maine public (538) (1). »

31. Suivant l'ordonnance de la marine de 1681, on répute bord et rivage de la mer tout ce qu'elle couvre et découvre pendant la nouvelle et la pleine lune, et *jusqu'où le grand flot de mars* se peut étendre sur les *grèves* (2).

Ce n'est donc pas le lieu le plus éloigné où la mer refoule dans les fleuves et rivières qui y affluent, qu'on entend par rivage, mais seulement la partie jusqu'où s'étend ordinairement le plus grand flot, partie facile à reconnaître par le gravier qui y est déposé, et non l'espace où parvient quelquefois l'eau de la mer, par des coups de vent forcés ou par des ouragans.

Il ne faut donc pas confondre avec le rivage de la mer, les terres situées le long des rivières qui ont leur embouchure dans la mer, et où le flot remonte souvent à des distances fort grandes.

Il est arrivé que des gens, avides d'envahir les propriétés particulières, se sont servis de ce prétexte pour se faire concéder des terres par l'ancien Gouvernement; mais toutes les fois qu'il a été instruit

---

C. civ., car s'il est vrai qu'*ils ne sont à personne*, on ne peut dire que *l'usage en est commun à tous*. ]

(1) Cet article est tiré de l'art. 2 du décret du 22 novembre 1790, sanctionné le 1er décembre suivant. — (2) Liv. 6, tit. 7, art. 1, et *ibi* Valin.

par de justes réclamations, il est revenu sur ses principes, et a condamné ses propres concessionnaires (1). Le Gouvernement actuel ne serait pas moins juste.

32. Les autres biens appartenant à la nation ou à l'état, sont les propriétés foncières de toute espèce, qui font partie du domaine national, les forêts, tous les biens vacans et sans maître, et ceux des personnes décédées sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées (539). Les terrains, les fortifications et remparts des places qui ne sont plus places de guerre, continuent d'appartenir à l'État, s'ils n'ont été valablement aliénés, ou si la propriété n'en a pas été prescrite, soit par les villes et communautés, soit par des particuliers (541) (2).

33. Il ne faut pas confondre le domaine public ou national avec les finances nationales, telles que les contributions directes et indirectes, les droits d'enregistrement, les droits réunis, et autres subsides de même nature. Ces droits ne dérivent point de la propriété; ils sont essentiellement attachés à la souveraineté et inséparables de la puissance publique. L'État ne pourrait subsister, s'il n'avait pas le moyen de pourvoir aux besoins de son Gouvernement.

34. C'est le droit de contraindre les citoyens à y contribuer, et même à faire, moyennant une juste indemnité, le sacrifice de leurs propriétés particulières, lorsque l'utilité publique l'exige, que quelques publicistes ont nommé le domaine éminent du souverain (3), expression qu'il faudrait proscrire, si l'on voulait en conclure que l'État a un droit universel de propriété sur tous les biens de son territoire; mais qu'on peut conserver, en se souvenant qu'elle n'exprime que le droit inhérent à la puissance publique, de régler la disposition des biens par des lois civiles, de lever sur ces biens des impôts proportionnés aux besoins publics, et de disposer de ces mêmes biens pour quelque objet d'utilité publique, dans le cas de nécessité, en indemnisant les particuliers qui les possèdent.

35. Il ne faut pas confondre le domaine public ou de l'État, avec le domaine privé du roi (4) (*a*).

---

(1) *V.* Merlin, *Questions de droit*, v° Rivages de la mer. — (2) Art. 5 du Décret du 22 novembre 1790. — (3) *V.* Portalis, *Exposé des motifs*, t. 1, p. 15, et t. 4, p. 31, édition de Didot; Wolf, *Instit., jur. nat.*, § 1065; *Jus gentium*, § 102 et seq. — (4) *V.* l'art. 18 et suiv. de la loi du 8 novembre 1814, relative à la liste civile et à la dotation de la couronne. — [*V.* les art. 22 et suiv. de la loi du 2 mars 1832.] — (*a*) Il ne faut pas non plus confondre parmi les biens qui appartiennent à l'état ceux qui font partie du domaine public proprement dit, et ceux qu'il possède à titre de patrimoine. Les biens que comprend le domaine public sont consacrés à des usages publics incompatibles avec une propriété privée (*V.* art. 538 et 540). Les autres, au contraire, sont dans le commerce, l'état en jouit comme un simple

36. Entre les choses qui dépendent du domaine public, il y en a qui sont susceptibles d'une propriété privée, d'autres qui ne le sont pas (538).

Ces dernières sont les fleuves et rivières navigables ou flottables, les ports, les havres, les rades, qui, par leur nature, ne sont pas plus susceptibles d'être possédés par des particuliers que la mer, ses rivages et les eaux qui les couvrent, et dont la propriété n'appartient à personne, mais dont l'usage seulement est commun à tous, sauf les lois de police qui règlent la manière d'en jouir (714).

37. Mais quoique la propriété de la mer ne puisse appartenir à personne, on en excepte, avec raison les parties qui sont renfermées dans le territoire d'une nation, et qui forment les ports, les havres, les rades. Ces objets appartiennent au souverain de la nation, moins à titre de propriété qu'à titre de souveraineté; raison pour laquelle il ne sont pas susceptibles d'une propriété privée.

38. Toutes les autres choses dépendant du domaine public en sont susceptibles; mais les unes sont dans le commerce, les autres n'y sont pas (1598—2226).

39. Les biens, dans le commerce, sont ceux qui peuvent changer de maîtres ou de possesseurs, par vente, engagement, échange, donation, prescription ou autre titre.

Les biens hors du commerce sont ceux qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée; et ceux qui, quoiqu'ils en soient susceptibles, sont naturellement consacrés à des usages publics incompatibles avec une propriété privée, mais qui rentrent dans le commerce aussitôt que cesse leur destination.

Tels sont les chemins, routes et rues, les édifices publics, les églises, les portes, murs, fossés, et remparts des places de guerre et des forteresses.

40. Les biens qui sont hors du commerce ne peuvent être vendus (1598); on n'en peut prescrire la propriété ou *le domaine*, suivant l'art. 2226, tant qu'ils conservent leur destination. Mais remarquez que cet article ne défend point qu'on y acquière des droits compatibles avec les usages publics auxquels ces choses sont destinées.

41. Les autres biens dépendant du domaine public sont dans le commerce; ils peuvent être vendus, et la propriété peut en être pres-

---

particulier, tels sont les biens indiqués dans l'art. 539, 541, les forêts nationales, etc. On peut voir aux nos 38 et suiv. combien cette distinction est importante. V aussi nos 474 et suiv. Remarquons que dans l'art. 539 l'expression *domaine public* est évidemment inexacte. On doit donc entendre l'article comme s'il y avait : *appartiennent à l'état.*

crite (1) (541); car l'État, les établissemens publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers (2227).

42. Mais les biens appartenant à l'État ne peuvent être vendus ou aliénés qu'en vertu d'une loi (*voy.* la loi des 22 novembre et 1er décembre 1790, art. 8), et en observant les formalités prescrites (2). Il y a cependant certaines parties du domaine public qui peuvent être aliénées sans l'autorité du Corps législatif, tels sont les *lais* et *relais* de la mer, que la loi du 16 septembre 1807, art. 41, autorise le Gouvernement à concéder aux conditions qu'il a réglées.

Les ventes de ces biens légalement consommées sont irrévocables et leur stabilité est garantie par la Constitution de l'an VIII, art. 94, et par les lois précédentes, solennellement confirmées par la Charte constitutionnelle, qui porte, art. 9 : *Toutes les propriétés sont inviolables sans aucune exception de celles qu'on appelle nationales, la loi ne mettant aucune différence entre elles.*

*Voy.* aussi la loi du 16 juillet 1815, art. 2.

43. Les questions de propriété qui s'élèvent entre l'État et les particuliers sont de la compétence des tribunaux, lorsqu'il ne s'agit pas de l'exécution ou de l'interprétation d'un acte émané de l'administration. Les assignations sont données en la personne ou au domicile du préfet du département où siége le tribunal devant lequel doit être portée la demande en première instance (Code de procédure, 69).

44. Dans l'ancienne Constitution de la France, on connaissait un grand nombre de corps politiques qui avaient le droit de posséder des biens. Le premier de tous ces corps était le clergé de France, reconnu pour le premier ordre de l'État; il était subdivisé en une infinité de corps ecclésiastiques. Ce grand corps fut dissous dès le commencement de la révolution; les biens immenses qu'il possédait furent mis à la disposition de la nation, par un décret de la première Assemblée constituante, du 2 novembre 1789. Ils ont été aliénés, à l'exception de ceux qui restent annexés au domaine de l'État, tels que les forêts, ou qui ont été affectés à quelque établissement public.

45. Aujourd'hui le clergé ni les corps ecclésiastiques particuliers, n'ont plus le droit de posséder ni d'acquérir des biens immeubles (3).

---

(1) Importance de cette maxime. *V.* Goupil de Prefeln, *Exposé des motifs*, tome 4, page 18, édit. de Didot. — (2) Art. 8 du *décret* du 22 novembre 1790. — (3) Ceci est changé par la loi du 2 janvier 1817 : qui porte :

« Art. 1. Tout établissement ecclésiastique reconnu par la loi pourra accepter, « avec l'autorisation du Roi, tous les biens meubles et immeubles, ou rentes, « qui lui seront donnés par actes entre vifs ou par actes de dernière volonté.

« Art. 2. Tout établissement ecclésiastique reconnu par la loi pourra égale- « ment, avec l'autorisation du Roi, acquérir des biens immeubles ou des rentes.

« Art. 3. Les immeubles rentes appartenant à un établissement ecclésiastique

Suivant les articles organiques du concordat, décrétés le 18 germinal an X, « les immeubles autres que les édifices destinés au logement, et « les jardins attenans, ne peuvent être affectés à des titres ecclésias- « tiques, ni possédés par les ministres du culte, à raison de leurs « fonctions.

« Les fondations qui ont pour objet l'entretien des ministres et « l'exercice du culte, ne peuvent consister qu'en rentes constituées « sur l'État, qui doivent être acceptées par l'évêque diocésain, et « qui ne peuvent être exécutées qu'avec l'autorisation du Gouverne- « ment (art. 73).

« Les conseils généraux de département ont été autorisés à pro- « curer aux archevêques et évêques un logement convenable (ar- « ticle 71).

« Les presbytères et les jardins attenans, non aliénés, ont été « rendus aux curés et desservans des succursales : et à défaut de ces « presbytères, les conseils généraux des communes ont été auto- « risés à leur procurer un logement et un jardin (art. 72). »

46. Ainsi, les édifices destinés au logement des archevêques, évêques, curés ou desservans, et les jardins attenans, ne sont point des propriétés ecclésiastiques : ce sont des propriétés communales ou départementales.

47. Le territoire de la France est divisé en départemens, en arrondissemens communaux ou en cantons. Chaque arrondissement communal est divisé en communes ou en municipalités. On entend par communes en général, les villes, les bourgs ou paroisses dont les habitans et le territoire sont régis par une municipalité particulière présidée par un maire (1).

Mais dans un sens moins étendu, et surtout en matière de biens communaux, on entend par commune une société de citoyens unis d'intérêt par des relations locales, soit qu'elle forme une municipalité particulière, soit qu'elle fasse partie d'une autre municipalité; de manière qu'une municipalité peut être composée de plusieurs communes ou sections de communes, ayant chacune des intérêts différens; chacune d'elles peut avoir des biens communaux, particuliers et séparés, auxquels les habitans de la section ont seuls droit (2).

« seront possédés à perpétuité par ledit établissement, et seront inaliénables, à « moins que l'aliénation n'en soit autorisée par le Roi. »

Remarquez qu'il n'est pas besoin d'une loi pour l'aliénation de ces immeubles; il suffit de l'autorisation du Roi. Remarquez encore que ces biens ne sont pas imprescriptibles. L'article 2227 du Code civil leur est applicable.

(1) Loi du 28 pluviôse an VIII, art. 1, arrêté du Gouvernement, du 9 fructidor an IX. — (2) Loi du 10 juin 1793, sect. 1, art. 2. — [*V.* art. 5 et 6 de la loi du 18 juillet 1837, et notes dans ma collection, page 231.]

48. Ainsi, les habitans d'un village forment une commune ou section de commune, lorsqu'ils réclament un droit *ut universi*, et non pas *ut singuli*, comme un droit commun à tous les habitans du village (1).

Il en serait autrement si des propriétaires réclamaient individuellement et non pas en qualité d'habitans de tel village ou de telle portion de commune (2).

Les communes sont des corps politiques ou des corporations, des personnes morales, appelées dans le droit romain, *universitates*, *collegia*.

49. Elles sont habiles à posséder des biens; mais elles ne peuvent en acquérir sans l'autorisation expresse du Corps législatif, donnée en forme de loi (3).

50. Les biens qu'elles possèdent sont de deux espèces : les uns sont hors du commerce, par leur destination actuelle à des usages publics incompatibles avec une propriété privée; tels sont les édifices publics, les églises, les chemins vicinaux (*a*), les canaux, les rues.

Les autres biens possédés par les communes sont dans le commerce ; ils sont communaux ou patrimoniaux (4).

Les communaux sont ceux dont la propriété appartient à toute la communauté, et l'usage ou le produit à tous les habitans et à chacun d'eux.

Les biens patrimoniaux sont ceux dont la propriété appartient à la commune, et dont le produit n'appartient point aux habitans, mais est employé par leur administration aux besoins de la commune; tels sont ceux que les municipalités donnent à louage ou à ferme, pour en faire verser les produits dans leurs caisses (*b*).

51. Les biens des communes ne peuvent être aliénés, même par échange, sans un décret du Corps législatif (5). Il faut aujourd'hui

---

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 10 nivôse an XIII, *Questions de droit*, tome 9, page 594; Sirey, an XIII, page 247; autre arrêt du 24 avril 1809; Sirey, 1809, page 260. — (2) Arrêt de la Cour de cassation, du 15 novembre 1808, dans le *Recueil* de Sirey, 1809, page 107. — [*V.* aussi Cass., 10 novembre 1812. Angers, 21 mai 1825 et Cass., 3 décembre 1828 (Journ. du Palais, à sa date).] — (3) *V.* la loi du 23 ventôse an IX, celle du 29 frimaire an IX, pour les départemens, celle du 29 ventôse an XI. — [Une loi n'est pas nécessaire aujourd'hui *V.* art. 46 de la loi du 18 juillet 1837, dans ma collection, tome 37, page 247.] — (*a*) Les chemins vicinaux, reconnus et maintenus comme tels, dit l'art. 10 de la loi du 21 mai 1836, sont imprescriptibles. *V.* mes notes sur cet article dans ma *Collection des lois*, tome 36, page 120. — (4) Loi du 10 juin 1793, sect. 1, art. 3. — (*b*) *V.* art. 17 et 31, 1° de la loi du 18 juillet 1837. — (5) Lois des 5 août 1791, et 2 prairial an V; loi du 9 ventôse an XIII, art. 4. — [*V.* loi du 18 juillet 1837, art. 46, ma collection, tome 37, page 247]. — *Nota.* L'art. 9 de la loi du 10 juin

que la demande d'aliénation soit faite par le conseil municipal, conformément à l'art. 15 de la loi du 28 pluviôse an VIII; que sur cette demande, il intervienne un avis du préfet, qui ne le donne qu'après avoir entendu le sous-préfet; enfin, que l'autorisation d'aliéner soit accordée par une loi rendue sur la proposition du Roi.

Les biens patrimoniaux des communes et des établissemens publics ne peuvent être loués ou affermés que dans les formes et suivant des règles qui leur sont particulières (537) (1). Ils ne peuvent être baillés ou loués au-delà de neuf ans, sans une ordonnance spéciale du Roi (2).

52. La connaissance des contestations qui s'élèvent sur ces baux appartient à l'autorité administrative, s'il s'agit d'interpréter les clauses des baux; s'il s'agit de tout autre objet, c'est aux tribunaux que les parties doivent s'adresser (3).

53. Les communes ne peuvent transiger sur les biens communaux, sans l'autorisation expresse du Gouvernement (2045). Les formalités nécessaires pour ces transactions sont détaillées dans l'arrêté du Gouvernement du 21 frimaire an XII, imprimé dans le *Bulletin des lois*. La transaction ne peut être faite qu'après une délibération du conseil municipal, prise sur la consultation de trois jurisconsultes désignés par le préfet, et sur l'autorisation de ce même préfet, donnée d'après l'avis du conseil de préfecture; et pour être définitivement valable, la transaction doit être homologuée par un décret (4), aujourd'hui par une ordonnance du Roi.

54. Les communautés des villes, bourgs ou *villages*, ne peuvent suivre aucune action en justice, soit en demandant, soit en défendant, sans y être autorisées par le conseil de préfecture (5); mais

---

1793 veut qu'on tienne en réserve les terrains communaux qui renfermeraient des mines, etc., ou qui seraient *reconnus d'une utilité générale*, soit *pour la commune*, soit pour la république. Cet article s'applique naturellement aux terrains situés sur les bords des rivières où reflue la mer, et dans lesquels on tire des mares et autres engrais. Le décret du 22 frimaire an XIII a cassé, en vertu de cette loi, des partages de tourbières. — [A l'égard de l'aliénation des biens communaux. *V.* l'art. 46 de la loi du 18 juillet 1837, rapporté à la note sous le n° 49.]

(1) *V.* ces formalités dans le *Nouveau Répertoire*, v° Bail; § 18. — (2) Arrêté du Gouvernement, du 7 germinal an IX.—[V. loi du 18 juillet 1837, art. 47.]—(3) Décret du 3 juillet 1806; arrêt de la Cour de cassation, du 2 décembre 1806, dans le *Nouveau Répertoire*, v° Bail, § 18, n° 6. — [*V.* dans ma continuation le traité du louage, chap. 1; sect. 2, § 2.]—(4) *V.* le décret du 17 juillet 1808, qui refuse d'autoriser une transaction passée entre une commune et un ci-devant seigneur, relativement à des landes et terrains vagues, dans le *Bulletin des lois*.—[*V.* loi du 18 juillet 1837, art. 59, et mes notes où j'établis que les formes prescrites par l'arrêté du 21 frimaire an XII sont encore obligatoires Ma collec., tome 37, page 252.] —(5) Loi du 28 pluviôse an VIII, art. 4; loi du 28 vendémiaire an V, art. 3; loi du 14 décembre 1789, art. 54 et 56. Cette autorisation n'est pas seulement exigée

elles peuvent, sans cette autorisation, faire les actes nécessaires pour conserver leurs droits (1).

Les communes autorisées à plaider en première instance, et qui ont obtenu un jugement favorable, n'ont pas besoin d'une nouvelle autorisation pour défendre ce jugement en cause d'appel (*a*).

Il en serait autrement, si elles se rendaient appelantes du jugement qui les aurait condamnées; mais elles n'ont pas besoin d'autorisation pour se pourvoir en cassation (2).

55. Les jugemens rendus sans autorisation, contre des communes ou sections de communes, ou bien en leur faveur, sont nuls. La nullité n'en est point couverte par l'autorisation obtenue ensuite pour défendre à la demande en cassation formée contre ces jugemens, et cette nullité peut être opposée par l'adversaire des communes, quoiqu'il ne l'ait opposée ni en première instance, ni en cause d'appel (3).

56. Si des sections de communes étaient en contestation relativement à des intérêts particuliers, il faudrait procéder comme il est

---

pour l'intérêt des communes, mais encore pour qu'elles n'inquiètent pas sans raison les particuliers. Arrêt de la Cour de cassation, du 15 prairial an XII, Sirey, an 12. page 280. — [*V.* art. 49 et suiv. de la loi du 18 juillet 1837].

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 28 brumaire an XIV. *Nouveau Répertoire*, v° Communauté d'habitans. p. 587.—[*V.* aussi art. 55 de la loi du juillet 1837.]— (*a*) *Sic* Req. rej. 4 mai 1840. Journ. du Palais, tome 2, 1840, page 371 (et la note) — (2) Tout cela résulte de l'art. 43 de l'édit du mois d'août 1764, qui est encore en vigueur, ainsi que l'ont décidé deux arrêts de la Cour de cassation, des 1er floréal an IX et 4 fructidor an XI. *V.* les *Questions de droit* de Merlin; tome 2, page 441, 1re édition. — [D'après la législation actuellement en vigueur, une commune ne peut également se pourvoir devant un autre degré de juridiction qu'en vertu d'une nouvelle autorisation du conseil de préfecture (art. 49, § 2 de la loi de 1837). Cette disposition est générale; elle embrasse toute espèce de recours : elle s'applique soit que l'action ait été intentée par ou contre la commune. *V. Collection des lois*, tome 37, page 251, la note de l'art. 54. *V.* aussi la note placée par les rédacteurs du Journ. du Palais, sous l'arrêt de cassation du 8 novembre 1843 (Journ. du Palais, tome 1, 1844, page 225). Toutefois l'appel ou le pourvoi en cassation formé par une commune sans l'autorisation préalable du conseil de préfecture n'est pas absolument nul; il suffit que cette autorisation soit produite dans le cours de l'instance. *V.* l'arrêt précité et la note, ainsi qu'un arrêt de rejet du 25 mars 1844 (Journ. du Palais, tome 1, 1844, page 519. Lyon, 29 juin 1841. Journ. du Palais, tome 1, 1842, page 536). — (3) Arrêts de la Cour de cassation, du 12 frimaire an XIV, dans le *Nouveau répertoire*, v° Acquiescement, page 56, du 10 nivôse an XIII, *ibid.*, v° Communauté d'habitans, page 588; Sirey, an XIII, page 246. — [La nullité résultant du défaut d'autorisation est aujourd'hui considérée par la Cour de cassation comme purement relative. Elle ne tient à l'ordre public qu'en ce sens qu'elle peut être proposée en tout état de cause, et même pour la première fois en cassation par la commune qui a succombé. *V.* Cass. 14 janvier 1840 (Journ. du Palais, tome 1, 1840, page 3). Les adversaires de la commune doivent, au contraire exciper du défaut d'autorisation avant le jugement ou l'arrêt définitif. *V.* Req. rej., 30 mai 1837; Journ. du Palais, tome 1, 1837. page 567; *id.* 17 décembre 1838; Journ. du Palais, tome 1, 1839; page 345 et les notes; *id.*, 15 février 1841; Journ. du Palais, tome 2, 1841, page 198.]

prescrit par l'arrêté du Gouvernement, du 24 germinal an XI (*a*).

57. Les actions des communes sont suivies dans le nom et à la diligence du maire (1). Mais le jugement dans les qualités duquel une commune a figuré, non par le ministère du maire, mais par elle-même, ne peut être annulé par ce motif, sur la demande de la partie qui n'a pas contredit ces qualités (2).

Les actions des sections communes sont suivies par le maire ou par un syndic (3).

58. Les particuliers ne peuvent plaider contre les communes qu'après en avoir obtenu la permission par écrit du conseil de préfecture, à peine de nullité des jugemens qui seraient rendus. Ils doivent donner copie de la permission, avec l'exploit de la demande (4).

Mais il n'est pas besoin de permission pour actionner une commune, lorsqu'il s'agit d'un point litigieux concernant, soit un droit de propriété, soit l'exécution d'un bail, et les droits dont les tribunaux seuls doivent connaître. Le demandeur doit alors se pourvoir directement devant les tribunaux, sauf à la commune à se faire autoriser pour y défendre, si elle le juge à propos (5).

59. Les contestations relatives aux biens communaux sont portées devant les tribunaux ; mais lorsque ces biens ont été partagés, en exécution de la loi du 10 juin 1793, les contestations qui s'élèvent entre les communes et les co-partageans, détenteurs ou occupans, depuis la loi citée, sont jugées par les conseils de préfecture (6) ; et toutes les usurpations de biens communaux, depuis cette loi jusqu'à celle du 9 ventôse an XII, soit qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas eu de partage exécuté, doivent également être jugées par les conseils de préfecture, lorsqu'il s'agit de l'intérêt de la commune, contre les usurpateurs ; mais les usurpations d'un co-partageant vis-à-vis d'un autre sont du ressort des tribunaux (7).

60. Les communes et les établissemens sont soumis aux mêmes

---

(*a*) *V.* art. 56 et 57 de la loi du 18 juillet 1837. — (1) Lois des 29 vendémiaire an V, et 28 pluviôse an VIII. — [*V.* art. 10 8° Loi du 18 juillet 1837. Pour le cas où une action qui intéresse la commune est exercée par un contribuable avec l'autorisation du conseil de préfecture *V.* art. 49, § 3 et 4. — (2) *Questions de droit*, tome IX, page 526, 1re édition. — (3) Arrêt de la Cour de cassation, du 24 avril 1809; Sirey, an 1809, page 260; Denevers; an 1809, *Supplément*, page 59. — [La loi nouvelle a prescrit à ce sujet d'autres formalités (*V.* art. 51, 52, 53 et 54 loi du 18 juillet, 1837). — (4) Arrêté du Gouvernement, du 17 vendémiaire an X, qui ordonne l'exécution de l'édit du mois d'avril 1683, rapporté dans le *Recueil* de Denevers, tome 2, page 181.—[*V.* art. 56, 57, 70 et 71, loi de 1837.] —(5) *V.* l'*avis du Conseil d'état*, rapporté par Merlin, *Questions de droit*, v° Commune, § 2, n° 2, page 498, 3e édition; l'arrêté du conseil de préfecture d'Ille-et-Vilaine, du 29 janvier 1821. — [Cet avis est abrogé par la loi de 1837. *V.* les articles cités dans la note précédente.] — (6) Art. 6 de la loi du 9 ventôse an XII. — (7) *V.* l'*avis du Conseil d'état*, du 18 juin 1809.

prescriptions que les particuliers, et peuvent également les opposer (2227).

61. Il a été rendu sur les biens communaux, depuis la révolution, plusieurs lois importantes qu'il serait trop long d'analyser, mais qu'il est nécessaire de connaître ; car elles font naître de très fréquentes contestations, et sont aujourd'hui l'une des sources les plus fertiles en procès.

Ces lois sont :

Celle du 28 août 1792, sur le rétablissement des communes dans les propriétés et droits dont elles auraient été dépouillées par l'effet de la puissance féodale ;

Celle du 10 juin 1793, concernant le mode de partage des biens communaux. Les funestes effets de cette loi, rendue dans les temps d'anarchie, firent provisoirement surseoir à toutes actions et poursuites résultant de son exécution. Ce sursis fut ordonné par une loi du 21 prairial an IV, qui maintint provisoirement, dans leur jouissance, tous les possesseurs actuels des biens communaux ;

Celle du 9 ventôse an XII, relative aux partages des biens communaux, effectués en vertu de la loi du 10 juin 1793 ;

Enfin, le décret du 9 brumaire an XIII, qui ordonne que les communautés d'habitans qui, n'ayant point partagé les biens communaux, en vertu de la loi du 10 juin 1793, ont continué le mode de jouissance de ces biens, continueront d'en jouir de la même manière, et que ce mode de jouissance ne pourra être changé que par une ordonnance royale, rendue sur la demande des conseils municipaux, après que le sous-préfet de l'arrondissement et le préfet auront donné leur avis.

Si donc un bien communal servant de pâture est resté déclos, le maire ni le conseil municipal ne peuvent le faire clore, ni même exiger de chaque habitant un droit d'accensement de leur seule autorité : ils peuvent seulement délibérer, prendre l'avis du sous-préfet sur leur délibération, et la transmettre au préfet, qui peut l'approuver, la rejeter ou la modifier en conseil de préfecture, sauf, de la part du conseil municipal, et même d'un ou plusieurs habitans ou ayant droit à la jouissance, le recours au Conseil d'état (art. 5 de la même ordonnance) (*a*).

(*a*) Aujourd'hui les Conseils municipaux règlent par leurs délibérations.... le mode de jouissance et la répartition des pâturages et fruits communaux autres que les bois, ainsi que les conditions à imposer aux parties prenantes..... Les affouages, en se conformant aux lois forestières (*V.* art. 17 et 18, Loi du 18 juillet 1837). Les mêmes matières pour les départemens sont réglées par la loi du 10 mai 1838.

62. Quant aux particuliers, ils ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois, comme nous le verrons dans le titre suivant.

# TITRE II.

## DE LA PROPRIÉTÉ ET DE SES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS.

63. Après avoir expliqué la distinction des biens et leurs rapports avec ceux qui les possèdent, le Code passe aux droits qu'on peut acquérir sur les biens, et premièrement à la propriété, source de tous ces droits.

Nous rechercherons dans un premier chapitre, l'origine, les progrès et la nature de la propriété, comment elle peut être analysée et divisée.

Nous traiterons dans le second de l'étendue de la propriété relativement aux choses qui en sont l'objet, ou du droit d'accession;

Dans un troisième, des limites de la propriété;

Dans un quatrième, des modifications du droit de propriété; et dans un cinquième, comment se perd le droit de propriété.

Quelques lecteurs regarderont peut-être comme inutile pour la pratique, de rechercher l'origine et les progrès de la propriété, si bien affermie aujourd'hui par les lois civiles; mais si l'on considère la jurisprudence comme une science fondée sur le raisonnement, on trouvera qu'il est nécessaire de remonter à la source, et d'examiner les fondemens de nos institutions.

### CHAPITRE PREMIER.

*Origine, progrès et nature de la propriété. Comment elle peut être analysée et divisée.*

Ce chapitre sera divisé en cinq sections, la première, sur l'origine et les progrès de la propriété; la seconde, sur la possession séparée de la propriété; la troisième, sur la définition, la nature et l'analyse de la propriété; la quatrième, sur la division de la propriété en parfaite et imparfaite; et la cinquième, sur la nature et le nombre des droits détachés de la propriété parfaite.

## SECTION PREMIERE.

*De l'origine et des progrès de la propriété en général, et comment elle a été séparée de la possession.*

SOMMAIRE.

61. Origine de la propriété; communauté négative.
65. Droit du premier occupant, qui finit avec l'occupation.
66. Preuves de l'existence de la communauté négative.
67. Comparaison de Cicéron à ce sujet.
68. L'occupation devint plus stable par l'agriculture.
69. D'où résulte une occupation habituelle qui conserve la possession par la seule intention.
70. Le champ qui cessait d'être cultivé devenait vacant.
71. Les lois civiles rendirent enfin la propriété permanente;
72. Au moyen de l'action réelle contre le possesseur de la chose.
73. Caractère distinctif de la propriété dans l'état civil.

64. Si les droits attachés à la propriété et ceux qui en sont dérivés sont maintenant fort étendus, il n'en était pas ainsi dans le principe. La propriété était confondue avec la possession, et se perdait avec elle.

Avant l'établissement de l'état civil, la terre n'était à personne, les fruits étaient au premier occupant. Les hommes répandus sur le globe vivaient dans un état que les auteurs qui ont écrit sur le droit naturel ont appelé communauté *négative* (1), à la différence de la communauté *positive*, dans laquelle plusieurs associés ont en commun la propriété d'une chose indivise, qui leur appartient chacun pour une certaine portion.

La communauté négative, au contraire, consistait en ce que les choses communes à tous n'appartenaient pas plus à chacun d'eux en particulier qu'aux autres, et en ce qu'aucun ne pouvait empêcher un autre d'y prendre ce qu'il jugeait à propos, pour s'en servir dans ses besoins.

Ainsi, cette expression doctrinale de *communauté négative* ne signifie pas autre chose que le droit primitif et déterminé qu'avaient originairement tous les hommes de se servir des biens que la terre leur présente, tant que personne ne s'en était encore emparé.

65. C'est ce qu'on appelle le droit du premier occupant. Celui qui s'emparait le premier d'une chose acquérait sur elle une sorte de propriété passagère, ou, pour parler plus exactement, un droit de préférence que les autres devaient respecter. Ils devaient lui laisser cette chose pendant qu'il la possédait; mais après qu'il avait cessé de s'en

(1) Puffendorf, *Droit de la nature et des gens*, liv. 4, chap. 4, § 2; Wolf, *Jus nat.*, 2e part., § 104; Pothier, *de la propriété*, no 21; Heinec., *de Jur. nat.*, *lib.* 1, § 233.

servir ou de l'occuper, un autre pouvait s'en servir ou l'occuper à son tour (1).

Si l'ancien possesseur avait invoqué sa possession passée comme un droit de préférence encore existant, le nouveau eût pu répondre par sa possession présente; et lorsque d'ailleurs les droits sont égaux de part et d'autre, il est juste et naturel que le possesseur actuel soit préféré (2) car, pour lui ôter sa possession, il faudrait un droit plus fort que le sien.

Ainsi, le droit d'occupation est un titre de préférence légitime, et fondé sur la nature (3).

66. L'existence de cet état primitif de communauté négative est incontestable; on en trouve les preuves dans la Genèse, le plus ancien de tous les livres et le plus vénérable, en ne le considérant même que sous le point de vue historique (4). Les poètes nous en ont laissé, dans leurs descriptions de l'âge d'or, des tableaux embellis, mais infidèles. Les anciens historiens (5) nous en ont transmis la tradition; enfin, on en retrouva des exemples dans les mœurs des peuplades sauvages de l'Amérique, lorsqu'on en fit la découverte.

67. Ainsi, suivant une comparaison de Cicéron (6) le monde était comme un grand théâtre appartenant au public, et dont chaque place devient la propriété du premier occupant, pendant qu'il juge à propos d'y rester, sans qu'il puisse empêcher un autre de l'occuper après qu'il l'a quittée.

68. Mais comment cette préférence acquise par l'occupation peut-elle devenir une propriété stable et permanente, qui continuât de subsister, et qui pût être réclamée après que le premier occupant avait cessé de posséder?

Ce fut l'agriculture qui fit naître l'idée et sentir la nécessité d'une propriété permanente. A mesure que le nombre des hommes se multipliait, il devenait plus difficile de trouver de nouvelles terres non habitées; et, d'un autre côté, l'habitation continuée du même lieu occasionnait une consommation trop rapide des fruits naturels de la terre, pour qu'ils pussent suffire à la subsistance de tous les habitans et de leurs troupeaux (7) sans changer de lieu ou sans y pourvoir par la culture d'une manière constante et régulière.

Ainsi, l'agriculture fut une suite naturelle de la multiplication du

(1) Bynkershoeck, *de Dominio maris, cap.* 1; Pothier, *ubi suprà;* Barbeyrac sur Puffendorf; Wolf, *ubi suprà*, §§ 93 et 96. — (2) *In pari causâ possessor potior haberi debet. L.* 128, *ff. de R. J.* — (3) *L.* 3, *in princ., ff. de Adquir. rer. dom.*, 41. 1. — (4) Genèse 1, 28 et 29. — (5) Justin, liv. 43, chap. 1; Thucydide, etc., etc. — (6) *De Finibus*, lib. 1, cap. 20. — (7) *Nec poterat eos capere terra ut habitarent simul, erat quippè substantia eorum multa et nequibant habitare communiter. Gen., cap.* 1, *vers.* 6.

genre humain ; et l'agriculture, à son tour, favorisa la population, et rendit nécessaire l'établissement d'une propriété permanente. Car qui voudrait se donner la peine de labourer et de semer, s'il n'avait la certitude de recueillir ?

Le champ que j'ai défriché, ensemencé, doit m'appartenir, au moins jusqu'à ce que j'aie recueilli les fruits que mon travail a fait naître. J'ai le droit d'employer la force pour repousser l'homme injuste qui voudrait m'en déposséder, et pour en chasser celui qui s'en serait emparé pendant mon absence. Je suis réputé continuer d'occuper ce champ depuis le premier labour jusqu'à la récolte, quoique dans l'intervalle, je ne fasse pas à chaque instant des actes extérieurs d'occupation ou de possession, parce qu'on ne peut pas supposer que j'aie défriché, cultivé et semé sans l'intention de recueillir.

69. Cette occupation habituelle, qui résulte de la culture, conserve donc le droit de préférence que j'avais acquis par l'occupation première. C'est cette occupation habituelle que le droit civil étendit et consacra comme un moyen de conserver la possession, en établissant pour maxime que la possession se conserve par la seule intention, *nudo animo* (1).

La culture forme un lien plus fort et plus durable que la simple occupation : elle donne un droit parfait à la récolte, mais comment maintenir un droit autrement que par un combat douteux avant l'établissement de l'état civil ?

70. D'ailleurs, le droit que donne la culture, et les effets de l'occupation habituelle qui en dérive, finissaient avec la récolte, s'il n'y avait pas de nouveaux actes de culture ; car rien n'indiquait plus l'intention d'occuper. Le champ qui cessait d'être cultivé redevenait vacant et soumis au droit de premier occupant.

L'agriculture ne fut donc pas seule suffisante pour établir la propriété permanente ; et depuis comme avant l'invention et l'usage de l'agriculture, la propriété s'acquérait par l'occupation, se conservait par la possession continuée ou habituelle, et se perdait avec la possession. Ce principe est encore suivi à l'égard des choses qui sont restées dans l'état primitif de communauté négative, telles que les animaux sauvages (2).

71. Pour donner à la propriété le caractère de stabilité que nous lui voyons aujourd'hui, il fallut des lois positives, des magistrats pour les faire exécuter, en un mot, il fallut l'état civil.

---

(1) § 5, *Inst. de Interdict.* ; *leg.* 4 ; *Cod. de Acquir. possess.*, 7, 32, Pothier, *de la possession*, n° 55. — (2) Pothier, *de la Propriété*, nos 21, 24 et 26 ; §§ 12 et 14, *Institut. de Rer. divis.* ; Portalis, *Exposé des motifs*, tome 4, page 45, édition de Didot.

La multiplication du genre humain avait rendu l'agriculture nécessaire : le besoin d'assurer au cultivateur les fruits de son travail, fit sentir la nécessité d'une propriété permanente, et de lois pour la protéger. Ainsi, c'est à la propriété que nous devons l'établissement de l'état civil. Sans le lien de la propriété, jamais il n'eût été possible de soumettre les hommes au joug salutaire de la loi; et sans la propriété permanente, la terre eût continué d'être une vaste forêt.

Disons donc, avec les auteurs les plus exacts (1), que si la propriété passagère, ou le droit de préférence que donne l'occupation, est antérieur à l'établissement de la société civile, la propriété permanente, telle que nous la connaissons aujourd'hui, est l'ouvrage du droit civil.

C'est le droit civil qui a établi pour maxime qu'une fois acquise, la propriété ne se perd point sans le fait du propriétaire (2), et qu'elle se conserve même après que le propriétaire a perdu la possession ou la détention de la chose, et qu'elle se trouve dans la main d'un tiers.

Ainsi, la propriété et la possession qui, dans l'état primitif, étaient confondues, devinrent par le droit civil deux choses distinctes et indépendantes; deux choses qui, suivant le langage des lois, n'ont plus rien de commun entre elles (3). La propriété est un droit, une faculté légale; la possession est un fait.

On voit par là quel prodigieux changement s'est opéré dans la propriété, et combien les lois civiles en ont changé la nature.

72. Ce changement se fit au moyen de l'action réelle (4) que les lois donnèrent contre le possesseur, quel qu'il fût, pour le contraindre à rendre la chose au propriétaire qui en avait perdu la possession. Cette action fut donnée au propriétaire, non-seulement contre le possesseur de mauvaise foi, mais encore contre le possesseur de bonne foi, à qui la chose était parvenue sans fraude ou sans violence, sans qu'il connût les droits du propriétaire, et même quoiqu'il l'eût acquise d'un tiers, en vertu d'un titre légal.

73. La propriété fut donc considérée comme une qualité morale inhérente à la chose, comme un lien réel qui l'attache au propriétaire, et qui ne peut être rompu sans son fait (5).

Ce droit de revendiquer la chose en quelques mains qu'on la trouve,

---

(1) Bynkershoeck, *de Dominio maris, cap.* 1; Blakstone, *Commentaries*, etc., L. 2, *book* 1. — (2) *Leg.* 11, *ff. de R. J.* — (3) *Nihil commune habet proprietas cum possessione. L.* 12, § 1, *ff. de Acquir. posses.*, 42. 2. — (4) *V.* l'*Essai sur l'histoire de la propriété*, traduit de l'anglais par Bouchaud, et la note de ce dernier, page 165. L'ouvrage est du lord Kames. comme nous l'apprend Stewart dans la vie de Smith. — (5) *Leg.* 11, *ff. de R. J.*

est ce qui forme le caractère principal et distinctif de la propriété dans l'état civil.

## SECTION II.

*De la possession séparée de la propriété*

SOMMAIRE.

74. Ses prérogatives. 1° Elle continue d'être un moyen d'acquérir, et quand.
75. 2° Le possesseur de bonne foi fait tous les fruits siens.
76. Quand la bonne foi cesse.
77. 3° Le possesseur est présumé propriétaire jusqu'à la preuve du contraire
78. 4° Il a droit de se faire maintenir même contre le propriétaire.
79. Il faut distinguer le droit de posséder, la possession et le droit de possession ou de saisine.
80. 5° Choses à l'égard desquelles l'occupation conserve ses anciens droits.
81. 6° Le possesseur est préféré quand les titres sont égaux.

74. La possession séparée de la propriété, comme nous venons de le voir, a conservé plusieurs de ses anciennes prérogatives.

1° Elle continue d'être un moyen d'acquérir la propriété, lorsqu'elle a duré assez longtemps pour opérer la prescription. La loi présume alors que l'ancien propriétaire a abdiqué son droit; et la propriété est acquise au possesseur, en vertu du droit primitif d'occupation.

75. 2° Avant même que la prescription soit acquise, le possesseur fait les fruits siens, dans le cas où il possède de bonne foi (1); ce n'est que dans le cas contraire qu'il est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique (649).

Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices (550) (*a*); et la bonne foi est toujours présumée : celui qui allègue la mauvaise foi doit la prouver (2268).

76. Mais en ce qui concerne la restitution des fruits, le possesseur cesse d'être de bonne foi du moment où les vices de sa possession lui sont connus (art. 550).

Autrefois, ce n'était que du jour de la demande formée en justice, que le possesseur était condamné à la restitution des fruits; et si le propriétaire laissait périmer l'instance, le possesseur était censé re-

(1) *V.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 11 juin 1806, rapporté par Denevers, an 1806, page 469; Pothier, *de la Possession*, n° 82. — (*a*) En aucun cas l'ignorance des vices du titre ne peut être alléguée par celui qui achète contre la prohibition formelle de la loi. Cass., 10 janvier 1843, Dalloz, 43, 1, 126, Journal du Palais, tome 1, 1843, p. 379. — Bourges, 28 août 1832, journal du Palais, à sa date; *idem*, 11 mars 1837, Journ. du Palais, tome 1, 1837, page 445. *V.* Duranton, tome 4, page 233, Troplong, *de la Prescription*, tome 2, n° 917.

mis en bonne foi, et ne devait les fruits que du jour de la nouvelle demande.

Cette jurisprudence est abrogée par l'art. 550, qui constitue le possesseur en mauvaise foi du moment où les vices de sa possession lui sont connus.

Mais quand sont-ils censés lui être suffisamment connus ? Cette question, abandonnée à la prudence des juges, peut occasionner bien des procès que l'ancienne jurisprudence prévenait. D'ailleurs, l'article 550 n'est point en harmonie avec les autres dispositions du Code, qui n'admettent les intérêts que du jour de la demande; car les fruits et les intérêts sont au fond la même chose.

77. La possession fait présumer le possesseur propriétaire de la chose, tant qu'elle n'est point revendiquée, et même après la revendication, jusqu'à ce que le demandeur ait prouvé la justice de sa demande (Pothier, n° 83).

Ainsi, durant la litispendance, le possesseur doit percevoir les fruits, et jouir de tous les droits attachés à la propriété de la chose (*a*).

78. 4° Le possesseur a le droit de se faire maintenir dans sa possession lorsqu'il y est troublé, et de s'y faire rétablir quand il en a été dépouillé par violence.

Il peut exercer cette action, même contre le propriétaire qui troublerait sa possession, ou qui l'aurait dépossédé autrement que par les voies juridiques. Celui-ci ne serait pas reçu à attaquer ni même à justifier son droit de propriété, jusqu'à ce que l'action que le possesseur a formée contre lui ait été instruite et jugée (1).

Mais pour que le possesseur jouisse de ces avantages, il faut qu'il ait possédé paisiblement depuis une année au moins, suivant le Code de procédure (23). Ce principe est conforme à l'ancienne jurisprudence, où l'on appelait *saisine* la possession civile d'un héritage qui avait été transférée par le propriétaire au moyen de la tradition, ou qui avait été acquise par une possession de fait, continuée pendant un an et un jour, sans violence, clandestinité, ni à titre de précaire (2).

La nécessité d'avoir possédé pendant un an pour jouir des priviléges de la saisine, remonte en France à une antiquité fort reculée, puisqu'on la trouve établie dans la loi salique (3).

---

(*a*) Sur la jouissance des fruits pendant la litispendance, *V.* encore tome 7, n° 26. — (1) Pothier, *ibid.* De là le conseil donné par Caïus : *Is qui destinavit rem petere, animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longè commodiùs est ipsum possidere, et adversarium ad onera petitoris compellere, quàm alio possidente petere. Leg.* 24, *ff. de Re vind.*, 6. 1. Pothier, *de la Propriété*, n° 307. — (2) *V.* de Laurière, préface du tit. 4 de la *Coutume de Paris*.—[ *V.* tome 11, n° 123 et suiv., et les notes : ] — (3) *Cap.* 47, n° 4. *Si quis*

Ainsi, quoiqu'il soit vrai de dire en général que la possession n'est en elle-même qu'un fait, elle emprunte aujourd'hui plusieurs choses du droit (1), puisqu'elle donne des droits au possesseur, même contre le propriétaire.

79. Il faut donc distinguer le droit de posséder, qui peut appartenir au propriétaire en vertu de sa propriété;

La possession ou la simple détention, qui est un fait;

Enfin, le droit de possession appelé saisine par nos anciens, et qui appartient au possesseur en vertu du fait de sa possession annale; à celui qui ne peut alléguer d'autre titre que sa possession, qui, interrogé pourquoi il possède, ne peut répondre autre chose, si ce n'est, parce que je possède (2).

Le droit de posséder, la possession et le droit de possession, sont trois choses tellement distinctes, qu'elles peuvent se trouver en même temps en trois personnes différentes.

Par exemple, si un propriétaire négligent se laisse déposséder de sa terre, il n'en conserve pas moins le droit de propriété auquel est attaché celui de posséder.

L'usurpateur, après un an d'occupation, a le droit de possession, c'est-à-dire le droit de se faire maintenir provisoirement sur la détention de la terre, d'empêcher qu'on ne l'y trouble, et de faire, à l'instar du propriétaire, les actes permis en vertu du droit de propriété.

Enfin, un second usurpateur qui aurait chassé le premier par violence ou autrement, aurait la possession actuelle.

80. 5° Le principe que la propriété s'acquiert par l'occupation, se conserve par la possession et se perd avec elle, s'applique encore aux choses qui sont restées dans l'état de communauté négative, tels que les animaux sauvages, les oiseaux, les poissons, et toutes les choses qui se trouvent sur les rivages de la mer, tels que les cailloux ou pierres précieuses, les coquillages, les coraux, l'ambre gris, etc. (3).

Il en est autrement des animaux réduits à l'état de domesticité, tels que les troupeaux, les poulets, etc.

---

*migraverit in villam alienam, et ei aliquid infrà duodecim menses secundùm legem contestatum non fuerit, securus ibidem consistat.* Le Code de procédure, article 23, en n'exigeant qu'un an, au lieu d'un an et un jour, comme l'ordonnance de 1667, en est revenu à la loi salique.

(1) *Plurimum ex jure possessio mutuatur. Leg. 49, ff. de Acquir. posses.*, 41. 2. — (2) *Pro possessore possidet prædo, qui interrogatus cur possideat, responsurus sit, quia possideo, nec ullam causam possessionis possit dicere.* L. 11, § 1; l. 12 et 15, *de Hæred. petit.*, 5, 3. — (3) *V.* la note du n° 70, *suprà*. A qui appartient l'animal blessé par l'un et pris par l'autre chasseur? *V.* Pothier, de la *Propriété*, n° 26

Ce principe s'applique encore aux choses prises sur l'ennemi, dans le cas d'une guerre légitime, par les vaisseaux qui ont obtenu le droit de faire la course, etc. (1).

81. 6° Enfin la possession conserve encore, dans l'état civil, l'importante prérogative de faire préférer le possesseur, lorsque d'ailleurs les titres des contendans paraissent égaux.

C'est ainsi qu'entre deux personnes qui ont acquis successivement une chose purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée, quoique son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que sa possession soit de bonne foi (art. 1141).

C'est encore ainsi qu'entre deux acquéreurs du même héritage, par des contrats sous seing privé dont la date n'est point assurée, celui qui a été mis en possession doit être préféré.

## SECTION III.

*Définition, nature et analyse du droit de propriété.*

SOMMAIRE.

82. Sa définition. Ce droit subsiste indépendamment de l'exercice qu'on en peut faire.
83. S'il y a de la différence entre *le domaine* et *la propriété*.
84. La propriété est un droit réel, *jus in re;* sa différence du droit à la chose, *jus ad rem*.
85. L'exercice de la propriété consiste en trois points : *jouissance, exclusion, disposition*.
86. Développement de ces trois points : du droit d'abuser;
87. Droit d'aliéner;
88. Droit d'abdiquer;
89. Droit d'obliger la chose.
90. Faculté d'aliéner partie des droits qui composent la propriété.
91. Origine des servitudes réelles et personnelles.

82. Le Code définit la propriété, le droit de « jouir et disposer des « choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas « un usage prohibé par les lois ou par les réglemens » (544).

Le droit de propriété subsiste indépendamment de l'exercice qu'on en peut faire. On n'est pas moins propriétaire, quoiqu'on ne fasse aucun acte de propriété, quoiqu'on soit dans l'impuissance de les faire, et même quoiqu'un autre les fasse, soit à l'insu, soit contre le gré même du propriétaire. Le droit consiste dans la faculté légale de faire ces actes, par soi ou par autrui, en notre nom. La propriété est considérée comme une qualité inhérente à la chose.

(1) Pothier, *du Droit de propriété*, nos 91, 97, 98. Leg 1, § 1, *ff. de Acquir*

83. Quelques auteurs établissent une différence entre le domaine et la propriété. Ils entendent par la *propriété* cette qualité que l'on conçoit dans la chose même, en tant qu'on la considère comme appartenant à telle ou telle personne, exclusivement aux autres.

Et, par le *domaine*, ils entendent le droit de disposer à notre gré de ce qui nous appartient, droit qu'ils regardent comme l'effet de la propriété; de sorte que, selon eux, le domaine est attaché à la personne au lieu que la propriété est attachée à la chose même. Ainsi *domaine* et *propriété* seraient deux termes corrélatifs; l'un serait le droit actif de disposer, l'autre une qualité passive qui suit toujours la chose, et la soumet à la disposition du propriétaire.

Cette distinction, trop subtile, comme l'a fort bien observé Puffendorff (1), ne peut être d'aucun usage dans la pratique; mais, en théorie, elle peut répandre du jour sur la nature du droit de propriété.

84. Ce droit est ce qu'on appelle un *droit réel*, *jus in re*. Le lien de la propriété existe entre le propriétaire et la chose (2), indépendamment de toute autre personne; il peut la suivre en quelques mains qu'il la trouve, quoique le possesseur soit de bonne foi, et n'ait contracté envers lui aucune obligation personnelle.

C'est cette faculté de suivre la chose partout où elle se trouve, qui forme le caractère spécifique de ce qu'on appelle un *droit réel*, *jus in re*, à la différence du droit *personnel* ou du droit à la chose, *jus ad rem* (3), qui résulte d'un lien purement personnel, existant entre deux ou plusieurs personnes déterminées, et en vertu duquel l'une est obligée de faire ou de donner quelque chose; en un mot, en vertu d'un droit réel, je réclame une propriété qui m'est acquise; en vertu du droit personnel ou du droit à la chose, je demande à devenir propriétaire, je demande *que le débiteur* me transfère sa propriété.

Le droit à la chose, *jus ad rem*, est donc un titre, un moyen pour acquérir le droit réel, *jus in re*.

85. L'exercice du droit de propriété consiste dans tous les actes qui sont permis au propriétaire, ou plutôt qui ne lui sont pas défendus; car tout ce qui ne lui est pas défendu par une loi formelle lui est permis. Il serait aussi difficile qu'inutile d'énumérer tous ces ac-

---

(1) *Droit de la nature et des gens*, loi 4, chap. 4, § 2. — (2) *Res non persona conetitur*, Leg. 9, *ff. de Jure fisci.*, 49, 14. — (3) *De jure in re et ad rem*, *V.* Heinec., *in Instit.*, §§ 33 et seq., 767. *Junctis recit.* Wolf, *Jus nat.*, 3e part., §§ 778 et 781, etc.; Barbeyrac sur Puffendorf, *Droit de la nature*, loi 4, chap. 9, § 8, note 2, et sur Grotius, loi 2, chap. 3, § 19, note 7; Huberus, *in Institut.*, leg. 2, tit. 1, § 11.

tes; mais on peut les rapporter à ces trois classes, qui répondent aux trois points fondamentaux de la propriété :

Jouissance,

Exclusion,

Disposition.

86. La première classe comprend tous les actes qui ont pour but de retirer de la chose tout le profit, toute l'utilité ou l'agrément qu'elle peut procurer; d'en recueillir tous les fruits; en un mot, de la faire servir à tous les usages possibles et non défendus.

La seconde comprend tous les actes qui tendent à interdire aux autres l'usage de la chose, à la revendiquer, à réprimer les troubles qu'on voudrait apporter à la jouissance ou à la disposition du propriétaire.

La troisième classe comprend tous les actes relatifs à la disposition de la chose. Disposer d'une chose, c'est en faire tout ce que l'on veut : le propriétaire a le droit d'en disposer de la manière la plus absolue (544). Ce droit renferme celui de dénaturer la chose, d'en changer la forme, la surface, la substance même, en tant qu'il est possible; en un mot, de la consumer. C'est ce qu'il faut entendre quand on dit que la propriété comprend le droit d'abuser, *jus abutendi*, par opposition au simple usage, *jus utendi*, qui est le droit d'user sans consumer la substance de la chose; car l'abus des choses qui nous appartiennent peut être impuni, mais il n'est jamais permis. Les lois et la police répriment ces abus en plusieurs cas.

87. Le droit de disposer renferme encore celui d'aliéner (1), en tout ou en partie, pour toujours, et pour un temps limité, purement ou sous condition, en faveur d'une personne certaine ou incertaine, gratuitement ou à titre onéreux. Aliéner, c'est transférer à un autre son droit de propriété. Nous verrons dans le troisième livre comment s'opère cette translation.

88. Mais le droit de disposer renferme de plus celui d'abdiquer ou délaisser la propriété sans la transférer à un autre, afin d'être dégagé des charges qui y sont inhérentes, lorsque le propriétaire n'y est point assujetti en vertu d'une obligation personnelle (2172). Nous en avons des exemples dans le délaissement par hypothèque, dans l'abdication faite par le propriétaire foncier au colon, pour se libérer du remboursement des superficies (2), dans l'abdication de la mitoyenneté (656), etc.

89. Enfin, le droit de disposer renferme celui d'obliger la chose.

---

1) *Alienum facere.* — (2) Art. 23 de la loi du 6 août 1791, sur les *Domaines congéables.*

La loi veut même que toutes les fois qu'une personne s'oblige, elle oblige ses biens; de là la maxime : qui s'oblige oblige le sien (2092); principe conservateur des sociétés, et qui, donnant aux obligations une sorte de réalité, les fait passer avec les biens d'une génération à l'autre.

90. Le propriétaire qui peut aliéner son droit de propriété en entier, peut, à plus forte raison, ne l'aliéner qu'en partie : *Non debet cui plus licet quod minus est non licere. L.* 21, *ff. de R. J.*

Il peut donc, en faveur d'un tiers, renoncer à quelques-uns des actes que comprend le droit de propriété parfaite, et lui donner le droit de les exercer seul, ou en partager l'exercice avec lui. Il n'y a rien en cela qui ne s'accorde avec les notions de la propriété, puisque ces actes peuvent être, et sont en effet séparés par leur nature. Le propriétaire peut donc céder à une autre personne le droit de faire exclusivement et en commun avec lui certains actes de propriété, en se réservant tous les autres, ou il peut également s'interdire à lui-même certains actes qui pourraient nuire à une autre personne; il peut céder ces droits de manière qu'ils soient personnels au cessionnaire, c'est-à-dire qu'ils soient attachés à sa personne et finissent avec elle, ou de manière qu'ils passent à ceux ou celles qui lui succéderont dans la propriété de tel héritage; en sorte que tous les possesseurs de cet héritage, quels qu'ils soient, aient les mêmes droits, qui sont alors considérés comme inhérens à la chose.

91. C'est de là que dérivent les servitudes personnelles et réelles dont nous parlerons dans les titres suivans.

## SECTION IV.

*Division de la propriété en parfaite et imparfaite*

SOMMAIRE.

92. Propriété parfaite et imparfaite.
93. Chaque droit détaché de la propriété parfaite devient une propriété,
94. A laquelle ne peut nuire l'aliénation de la chose d'où le droit a été détaché.

92. D'après les principes que nous venons d'établir, on divise la propriété en deux espèces : propriété parfaite, propriété imparfaite (1).

Elle est parfaite, lorsque le propriétaire n'est gêné dans l'exer-

(1) *Dominium plenum, minùs plenum vel imminutum*, Heinec., *in Instit.*, § 335. *Junctis recit.* Wolf, *Jus nat.*, 2e part., §§ 137 et 678; 3e part., §§ 1003 et 1012.

cice d'aucun des droits qu'elle renferme, lorsque aucun de ces droits n'en a été détaché;

Imparfaite, lorsqu'il est gêné dans cet exercice, lorsque quelques-uns de ces droits en ont été détachés.

La propriété est plus ou moins imparfaite, suivant l'étendue, l'importance et le nombre des droits qui en ont été détachés.

93. Chacun de ces droits, ainsi détaché et conféré à une tierce personne, est une portion de la propriété parfaite; c'en est un démembrement. Une fois détaché, ce droit devient lui-même, pour celui qui l'a acquis, une véritable propriété qu'il ne peut plus perdre sans son fait. Ce droit, quoique non apparent, continue de subsister (*voy.* art. 1638 du Code) après comme avant l'aliénation de la chose sur laquelle il est acquis, et en quelque main qu'elle passe.

94. Parce que le propriétaire de cette chose ne peut, en l'aliénant, transférer des droits plus étendus que ceux qu'il a lui-même. S'il n'a plus qu'une propriété imparfaite, il ne peut transférer une propriété parfaite. La chose passe avec ses charges, avec ses vices, aussi bien qu'avec ses droits et ses avantages; en un mot, telle qu'elle était entre les mains du cédant, et telle qu'elle y aurait resté s'il ne l'avait pas aliénée (1).

Le cessionnaire alléguerait inutilement qu'il a reçu la chose de bonne foi, qu'il en ignorait les charges et les droits qu'un tiers y avait acquis; son ignorance ni sa bonne foi ne peuvent nuire aux droits d'autrui. Le propriétaire de ces droits peut les exercer sur la chose, quel qu'en soit le possesseur, parce que c'est la chose qui lui est obligée.

## SECTION V.

*Nature des droits réels détachés de la propriété parfaite; s'il y en a de plusieurs espèces; quel en est le nombre.*

SOMMAIRE.

95. S'il est utile de déterminer le nombre des droits réels.
96. On peut établir tous ceux qui ne sont pas défendus par la loi.
97. Le nombre de ces droits varie suivant les mœurs et la législation.
98. Principaux droits réels sous l'ancienne législation de la France.
99. La possession est-elle un droit réel?
100. Suppression des droits féodaux.
101. Des dîmes et des complants; quels sont ceux qui sont conservés.
102. De l'emphytéose.
103. Des rentes foncières.
104. Du domaine congéable.
105. Du gage, de l'hypothèque et des servitudes.

(1) Leg. 67, *ff. de Contrahen. empt.*, 18, 1; leg. 13, § 1, *ff. de Acquir. possess.*, 41, 2. *V.* les art. 1638, 1664, 1744, etc., du Code civil.

95. Ces droits sont donc des droits réels, *jura in re*, comme nous l'avons dit dans la sect. 3, en parlant du droit de propriété; et, d'après les développemens que nous avons donnés, on peut juger du peu d'utilité des disputes élevées dans les écoles d'Allemagne, entre des jurisconsultes d'un très grand nom (1), pour déterminer le nombre des droits réels, et savoir s'il en existe plusieurs ou un seul, celui de propriété qui les renferme tous; si la possession est un droit réel, etc.

Les droits réels n'étant pas autre chose qu'une partie concédée à un tiers des droits dont la réunion forme la propriété parfaite, il est évident que ces droits peuvent se rapporter au droit de propriété, dont ils ne sont qu'un démembrement.

96. Mais si on demande quels sont les droits qu'on peut séparer de la propriété parfaite, de combien de manières on peut la démembrer, il faut d'abord poser en principe que chacun pouvant disposer de sa propriété de la manière la plus absolue (544), il peut en détacher les droits que bon lui semble, étendre ou limiter ces droits comme il le veut; en un mot, démembrer sa propriété de toutes les manières qu'il le juge à propos, pourvu qu'il n'y ait rien de contraire aux lois ou à l'ordre public (544, 686). Ainsi, dans cette matière, on suit le principe général : tout ce qui n'est pas défendu est permis (2).

97. Si, portant la question plus loin, on demande quelles sont les manières les plus usitées de démembrer la propriété, quels sont les droits qu'on en sépare le plus ordinairement, et sur lesquels les lois ont des dispositions pour servir de règles au défaut du titre qui les établit, il faut répondre que ces droits ne sont pas les mêmes chez tous les peuples; que, chez le même peuple, ils varient suivant les temps, les mœurs et la législation. Plusieurs des droits réels, qui étaient d'un usage universel dans notre ancienne législation, sont proscrits par la nouvelle.

98. Les différentes espèces de droits réels connus dans notre ancienne législation, étaient la directe féodale ou censuelle (*dominium directum*), tous les droits seigneuriaux, les dîmes, les champarts, l'emphytéose, les rentes foncières, le domaine congéable, ou les droits, tant fonciers que superficiaires, qui en résultent, le gage, l'hypothèque et les servitudes, tant personnelles que réelles.

99. Quant à la question de savoir si la possession est un droit réel, il paraît qu'on ne s'est point entendu, parce que la question est mal posée : elle se résout par la distinction que nous avons faite sect. 2, entre la possession et le droit de possession. La possession est un fait : on ne peut donc demander si c'est un droit réel.

(1) *V.* Heinec., *Recitationes in Inst.*, § 333. — (2) Art. 1 du *Code rural* du 16 octobre 1791.

Mais le droit de possession, qui est celui d'être présumé propriétaire, et de se faire maintenir dans sa possession contre tous ceux qui voudraient la troubler par des voies de fait, est évidemment un droit réel.

100. La directe féodale, qui était la base du système féodal, a été supprimée avec tous les droits qui tenaient à la féodalité, par les lois des 20 août 1792 et 17 juillet 1793, comme contraire au bon ordre, par la foule de procès qu'elle faisait naître; à l'intérêt de l'agriculture, dont les droits féodaux et seigneuriaux de toute espèce arrêtaient les progrès; et enfin, comme peu compatible avec l'indépendance absolue de personnes qui ne doivent dépendre que de la loi et du magistrat.

Il n'entre point dans le plan que je me suis proposé d'en expliquer la nature et les inconvéniens; il suffit de dire que l'essence de la féodalité consistait dans la propriété directe, *dominium directum*, que le seigneur, c'est ainsi qu'on appelait le propriétaire du fief dominant, était censé s'être réservée, en concédant la propriété ou domaine utile, *dominium utile*, à son vassal ou sujet; c'est ainsi qu'on appelait le propriétaire du fief servant.

La propriété parfaite était partagée entre le seigneur et le vassal; de manière que celui-ci avait presque tous les droits utiles de la propriété, à l'exception du droit de disposer ou d'aliéner, qu'il ne pouvait exercer autrefois sans la permission du seigneur, qui ne l'accordait pas gratuitement. Dans la suite, cette permission ne fut plus nécessaire, parce que l'acquéreur, à qui le vassal cédait son droit, payait au seigneur une portion de prix sous le nom de *lods et ventes*.

Mais le seigneur avait la faculté d'exclure l'acquéreur, en lui remboursant le prix de son contrat; c'est ce qu'on appelait *retrait féodal*.

De plus, les vassaux étaient obligés à des services personnels de différentes espèces, ou soumis à des droits fonciers et à des prestations souvent très bizarres.

101. Les dîmes ecclésiastiques et seigneuriales, les champarts et ceux des complants dans lesquels la propriété était transférée (1) aux preneurs, ont également été supprimés.

Mais les complants dans lesquels les bailleurs demeuraient saisis de la propriété, comme ceux du département de la Loire-Inférieure, ont été conservés par avis du Conseil d'état, du 4 thermidor an VIII. Ils continuent d'être un droit réel qui n'est pas sujet au rachat,

(1) *V.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 10 octobre 1808, Sirey, an 1809, page 119 et suiv.; l'*avis du Conseil d'état*, du 4 thermidor an VIII, dans le *Bulletin des lois*.

comme le sont les rentes foncières; et la portion de fruits réservée par les bailleurs doit être payée par les preneurs.

Les complants consistent dans une portion des fruits des terres que le propriétaire a concédées, sous la condition de les planter en vignes, ou de les conserver en vignobles, si elles étaient plantées lors de la concession (*a*).

L'emphytéose n'était pas connue en Bretagne, et le Code civil ne nous donne aucunes règles relativement à ce contrat, dont il est assez difficile de déterminer la nature et le caractère spécifique. La loi du 11 brumaire an VII mettait la jouissance à titre d'emphytéose, au rang des biens susceptibles d'hypothèque; le Code l'en a retranchée. Cependant l'emphytéose existe encore dans plusieurs départemens. Il serait à désirer qu'une loi précise fixât les idées sur ce droit, que l'on confond quelquefois mal à propos avec le bail à longues années, ou avec le bail à rente (1).

102. Les rentes foncières, c'est-à-dire celles qui étaient créées par le contrat de bail à rente, pour condition du transport d'un héritage, ont perdu leur caractère de droit réel, depuis qu'elles ont été déclarées meubles; elles ne sont plus considérées aujourd'hui que comme des créances mobilières, qui n'affectent le fonds que par privilége ou hypothèque privilégiée, en vertu de l'art. 2103, qui accorde au vendeur sur l'immeuble vendu un privilége pour le paiement du prix. La loi du 11 brumaire an VII en a fait une disposition expresse (art. 14, n° 3). La rente stipulée est le prix du transport du fonds. Faute du paiement de cette rente, le bailleur peut demander la résolution du contrat, comme le vendeur peut demander la résolution de la vente, si l'acheteur n'en paie pas le prix; et comme cette résolution dérive du titre originaire, elle anéantit le contrat *ab initio*, elle efface toutes les hypothèques intermédiaires, quand même le créancier de la rente, bailleur du fonds, aurait négligé de faire inscrire son titre au bureau des hypothèques (2).

103. Le domaine congéable, si commun dans plusieurs départemens de notre ancienne Bretagne, forme aussi des droits réels d'une nature bien remarquable; c'est un contrat par lequel celui à qui appartient la propriété parfaite d'un fonds, en sépare la superficie, pour la concéder au tenancier ou colon, sous la faculté perpétuelle de rachat. Ainsi, la propriété est divisée entre le propriétaire du fonds et

---

(*a*) *V.* mon traité du louage, n° 187 et suiv. — (1) *V.* le *Nouveau Denisart*, v° Emphytéose. — [*V.* mon traité du louage, n° 142 et suiv. et la monographie de M. Pepin-Lehalleur.] — (2) Arrêt de la Cour de cassation, du 26 juin 1811, Sirey, page 337

le tenancier, qui est propriétaire de la superficie, ou, comme on le dit ordinairement, des édifices et superfices.

Trois choses forment la substance de ce contrat (1).

La rétention de la propriété du fonds par le propriétaire, appelé par cette raison *propriétaire foncier;*

La translation de la propriété des édifices et superfices dans la personne du concessionnaire, appelé par cette raison superficiaire, avec faculté de jouir du fonds, en payant une prestation annuelle, *annuum canonem;* faculté qui fait aussi nommer le superficiaire *colon* ou *domanier;*

Enfin, la faculté perpétuelle et imprescriptible réservée au propriétaire foncier, de congédier le colon ou superficiaire quel qu'il soit, en lui remboursant la valeur des édifices et superfices, faculté d'où est venu le nom de *domaine congéable* (2).

Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans un plus long détail sur la nature de ce contrat; ce que nous venons d'en dire suffit pour faire voir que la fameuse loi du 27 août 1792, qui déclara les colons ou superficiaires, propriétaires du fonds des tenues, était une violation du droit de propriété, tout aussi manifeste que si l'on avait donné aux propriétaires fonciers la propriété des édifices et superfices, qui appartiennent aux colons.

104. Cette loi, ou plutôt cet acte d'injustice couvert du masque de la loi, fut enfin abrogée par la loi du 9 brumaire an VI, qui maintint tous les propriétaires fonciers dans la propriété de leurs tenues, et remit en vigueur la loi du 6 août 1791, où sont tracées les règles qu'on doit suivre relativement aux domaines congéables (*a*).

105. Le gage et l'hypothèque sont des droits réels dont le Code ne parle que dans le troisième livre, qui traite de la manière d'acquérir la propriété. On peut, en effet, considérer deux choses: la nature de ces droits en eux-mêmes, et la manière de les acquérir.

Sous l'un de ces points de vue, ils appartiennent au deuxième livre, et, sous l'autre, au troisième.

Les servitudes tant personnelles que réelles sont traitées dans les deux titres suivans.

Mais, avant d'y passer, il nous reste à expliquer les règles tracées par le Code, sur l'étendue et sur les limites du droit de propriété.

---

(1) V. Hévin, consult. 104, et les *Institutions convenancières* de Baudouin, tome 1, page 46. — (2) La loi du 6 août 1791 a donné au colon la faculté de provoquer le congément. — (*a*) V. mon Traité du louage, no 212 et suiv.

## CHAPITRE II

*Étendue de la propriété relativement aux choses qui en sont l'objet.*

### SECTION PREMIÈRE.

*Du droit d'accession en général.*

SOMMAIRE

106. L'accession est naturelle ou artificielle.
107. Celle-ci se subdivise en trois espèces : adjonction, spécification et commixtion.

106. La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit *naturellement*, soit *artificiellement*.

Ce droit s'appelle *droit d'accession* (546). Le Code en distingue de deux sortes : l'une *naturelle*, l'autre *artificielle*.

Le produit des animaux, les fruits des arbres et des plantes dont la terre est couverte, les différentes matières qu'elle recèle dans son sein, telles que les mines; enfin les alluvions, les attérissemens et les îles ou îlots formés dans les rivières, sont des exemples d'accession naturelle.

Les opérations de l'art qui unissent une chose à une autre, l'écriture, par exemple, mise sur un papier, la construction d'un bâtiment sur un terrain, forment des accessions artificielles.

Les docteurs en distinguent une troisième espèce qu'ils appellent *mixte*, lorsque la nature et l'art se réunissent pour incorporer une chose à une autre, comme dans la plantation des arbres, qui, quoique unis à la terre par la main de l'homme, n'y sont incorporés véritablement que lorsque la nature a fait pousser les racines.

Il est facile de voir que cette troisième espèce rentre dans les deux autres.

107. Les docteurs subdivisent encore l'accession artificielle en trois espèces particulières : l'adjonction, la spécification, et la commixtion ou mélange qui comprend la confusion. Nous en parlerons dans la troisième section.

Le Code distingue d'abord le droit d'accession *sur ce qui est produit par la chose*, du droit d'accession *sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose;* et il considère cette seconde espèce relativement *aux choses mobilières*, et relativement *aux choses immobilières*, parce que les règles ne sont pas les mêmes dans les deux cas.

## SECTION II.

*Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose.*

SOMMAIRE.

108 Des fruits et du croît des animaux.
109. Charges des fruits.
110. Du possesseur de bonne ou de mauvaise foi.

108. Les fruits naturels ou industriels de la terre;

Les fruits civils;

Le croît des animaux (1), appartiennent au propriétaire par droit d'accession (547), ou à ceux à qui il a donné le droit de les percevoir.

Nous expliquerons, au titre de l'usufruit, ces différentes espèces de fruits.

109. Mais les fruits produits par la chose n'appartiennent au propriétaire qu'à la charge de rembourser les frais de labour, travaux et semences faits par des tiers (548).

Ceux à qui ce remboursement est dû ont sur les fruits un droit préférable à tous les créanciers du propriétaire (2102).

110. Le possesseur étant réputé propriétaire, les fruits lui appartiennent par droit d'accession, et quand il est de bonne foi (2), sans qu'il soit tenu de rendre ceux même qui seraient encore existans et non consommés, au moment de la demande formée par le propriétaire, pourvu qu'ils aient été perçus auparavant.

Mais sa mauvaise foi l'assujettit à restituer non-seulement les fruits qu'il a perçus, mais encore ceux qu'il aurait pu percevoir et qui ont péri par sa négligence. Cette obligation ne s'éteint que par la prescription de la chose (*a*).

La restitution a lieu du jour où la mauvaise foi commence, et doit se faire en nature, pour la dernière année; et pour les années précédentes, suivant les mercuriales du marché le plus voisin, eu égard aux saisons et au prix commun de l'année; sinon à dire d'experts, au défaut de mercuriales.

---

(1) C'est au propriétaire de la femelle que le croît appartient. Leg. 5, *ff. de rei vindic.* — (2) Pothier, *Traité de la propriété*, n° 341. On faisait autrefois une exception pour le cas du possesseur d'une succession, qu'on obligeait en certaines provinces, de restituer les fruits, malgré sa bonne foi. Pothier, *ibid.*, page 445 Mais cette exception paraît abolie par l'article 138, comme nous le verrons au titre des *Successions*. *V.* tome 4. — (*a*) *Sic* Duranton, tome 4, n° 360; Agen. 27 mars 1813; Journ. du Palais, tome 1, 1814, page 399. Mais l'héritier du possesseur de mauvaise foi peut, pour échapper à la restitution des fruits envers le véritable propriétaire, exciper de sa bonne foi personnelle. Duranton, tome 4, n° 357; Zachariæ, tome 1, § 201; Douai, 1er juillet 1840, Sirey, 40, 2, 488. Journal du Palais, tome 1, 1841, page 116. *Secùs* Delvincourt, tome 2, n° 6 de la page 8; Caen, 25 juillet 1826, Sirey, 28, 2, 131; Dall. 26, 2, 151.

Si la restitution en nature pour la dernière année est impossible, elle se fera comme pour les années précédentes (Code de procédure, 129).

## SECTION III.

*Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore aux choses mobilières.*

SOMMAIRE.

111. Division de la section.

111. En général, tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose, en fait partie, et appartient au propriétaire (551). Mais les règles à cet égard étant différentes, suivant que les choses sont mobilières ou immobilières, le Code en fait deux sections séparées.

Il est difficile, et peut-être impossible, de réduire le droit d'accession à des règles générales et précises, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différens; il est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle.

Les règles données par le Code ne sont proposées que pour servir d'exemples aux juges et les déterminer, dans les cas non prévus, suivant les circonstances particulières (565) (*a*).

Ces règles peuvent être rangées sous trois classes, qui répondent aux trois espèces d'accessions artificielles distinguées par les docteurs, adjonction ou union par adjonction de deux choses appartenant à divers propriétaires;

Spécification ou formation d'une nouvelle espèce, avec une matière appartenant à autrui;

Mélange ou commixtion de plusieurs matières appartenant à divers propriétaires.

### § I.

**Adjonction ou union par adjonction de plusieurs choses appartenant à divers propriétaires.**

SOMMAIRE.

112. Des choses qui forment un tout, mais qui sont séparables
113. Quelle est en ce cas la partie principale.
114. Le propriétaire peut en demander la séparation, si elle a été unie à son insu.

112. Lorsque deux choses appartenant à différens maîtres, qui ont été unies de manière à former un tout, sont néanmoins sépa-

(*a*) Dans les cas prévus le juge ne peut s'écarter de la disposition du Code.

rables, en sorte que l'une puisse subsister sans l'autre, par exemple, le diamant enchâssé dans un anneau, les galons d'un vêtement, le tout appartient au maître de la chose qui forme la partie principale, à la charge de payer à l'autre la valeur de la chose qui a été unie (566).

C'est une application de la règle que l'accessoire suit le principal.

113. Est réputée partie principale, celle à laquelle l'autre n'a été unie que pour l'usage, l'ornement ou le complément de la première (567).

114. Néanmoins quand la chose unie est beaucoup plus précieuse que la chose principale, et quand elle a été employée *à l'insu du propriétaire*, celui-ci peut demander que la chose unie soit séparée pour lui être rendue, même quand il pourrait en résulter quelque dégradation de la chose à laquelle elle a été jointe (568).

Par exemple, un diamant rare et précieux par sa grosseur ou son espèce, qui aurait été uni à quelque bijou ou à quelque autre meuble. En ceci le Code se rapproche du droit romain, qui permettait, dans tous les cas, au propriétaire, de demander que sa chose fût séparée, lorsque la séparation était possible : *Gemma inclusa auro alieno vel sigillum* (1) *candelabro, vindicari non potest, sed ut excludatur ad exhibendum agi potest.* Leg. 6, *ff. Ad exhib.* (*Voy.* Pothier, *de la Propriété*, n° 177, *in fine*).

Mais il faut pour cela que l'union ait été faite *à l'insu du propriétaire*. La connaissance qu'il en aurait eue ne lui laisserait que le droit de réclamer la valeur de sa chose. En ne s'y opposant pas, il est censé avoir consenti à l'union.

S'il était douteux laquelle des deux choses est l'accessoire de l'autre, celle-là est réputée principale qui est la plus considérable en valeur, ou en volume, si les valeurs sont à peu près égales (569).

## § II.

### Spécification ou formation d'une nouvelle espèce avec une matière appartenant à autrui.

SOMMAIRE.

115. Si la forme l'emporte sur la matière, *aut vice versâ.*
116. Il faut distinguer si le prix de la main d'œuvre l'emporte sur le prix de la matière.

115. Il s'agit en ce cas de savoir si la forme doit l'emporter sur la matière, ou la matière sur la forme : question controversée entre les jurisconsultes romains (2).

(1) Une petite statue. — (2) *Vid.* Heineccius, *in Institut.*, § 363.

Le Code distingue deux cas : celui où la matière employée à former une espèce nouvelle appartient entièrement à autrui ;

Celui où une partie de la matière appartient à l'ouvrier qui a formé l'espèce nouvelle.

Au premier cas, soit que la matière puisse ou non reprendre sa première forme, la règle générale est que celui qui en est propriétaire en totalité, a le droit de réclamer la nouvelle espèce qui en a été formée, en remboursant la main d'œuvre (570). La matière l'emporte sur la forme.

Si donc un artisan a fait une table avec du bois qui m'appartient, un vase d'airain ou d'argent avec mon métal, j'ai le droit de réclamer la table ou le vase, en lui remboursant le prix de la main d'œuvre.

116. Si cependant la main d'œuvre était tellement importante qu'elle surpassât de beaucoup la valeur de la matière, l'industrie serait alors réputée la partie principale, et l'ouvrier aurait le droit de retenir la chose, en remboursant le prix de la matière au propriétaire (571). En ce cas, la forme l'emporte sur la matière.

Si un sculpteur avait fait une statue d'un bloc de marbre ou d'une pièce de bois qui ne lui appartenait pas, si un artisan habile avait fait une pièce d'orfévrerie d'un travail précieux, ils conserveraient leur ouvrage, en remboursant le prix des matières au propriétaire : *materiam superabat opus*.

A plus forte raison, celui dont le papier et l'encre, la toile et les couleurs auraient été employés par un écrivain ou par un peintre, ne pourrait exiger autre chose que le remboursement de ses matières.

Si l'ouvrier est en même temps propriétaire d'une partie de la matière, et que la séparation ne puisse se faire sans inconvénient, la nouvelle espèce lui est commune avec le propriétaire de l'autre partie, en raison, quant à ce dernier, de la partie de matière qui lui appartient ; et quant à l'ouvrier, en raison tout à la fois et du prix de sa matière, et de celui de sa main d'œuvre (572).

Si l'espèce nouvelle vaut 4,000 fr., la matière appartenant à l'ouvrier 1,000 fr., celle appartenant à autrui 1,000 fr., et la main d'œuvre 2,000 fr., l'ouvrier est propriétaire des trois quarts.

Mais dans ce cas, comme dans le précédent, si le prix de la main d'œuvre surpasse de beaucoup celui de la matière, l'ouvrier a le droit de conserver son ouvrage, en remboursant le propriétaire du prix de sa matière.

## § III.

### Mélange ou confusion de plusieurs choses appartenant à plusieurs propriétaires.

SOMMAIRE.

117. Si les choses peuvent être séparées, celui à l'insu duquel elles ont été mêlées peut demander la division ou le prix de ses matières.
118. Si elles ne peuvent être séparées, le propriétaire de la partie principale peut garder le mélange, en remboursant l'autre propriétaire.

117. Si aucune des matières ne peut être regardée comme la principale, il faut distinguer.

Si elles peuvent être séparées, celui à *l'insu* duquel les matières ont été mélangées *peut* en demander la division (573). S'il ne veut pas user de cette faculté, il peut demander le prix de ses matières.

118. Si elles ne peuvent plus être séparées sans inconvénient, ils (*a*) en acquièrent en commun la propriété, dans la proportion de la quantité, de la qualité et de la valeur appartenant à chacun (573).

Mais si la matière appartenant à l'un des propriétaires était de beaucoup supérieure à l'autre par la quantité et le prix, en ce cas le propriétaire de la matière supérieure en valeur *pourrait* réclamer le mélange entier, en remboursant à l'autre la valeur de sa matière (574).

---

## § IV.

### Règles communes aux trois paragraphes précédens.

SOMMAIRE.

119. Le propriétaire à l'insu duquel les matières ont été employées, peut en demander la valeur ou la restitution en mêmes nature, quantité, poids et bonté.
120. Celui qui emploie les matières d'autrui peut être condamné en des dommages et intérêts.
121. Lorsque la chose reste commune, elle doit être licitée.

119. 1° Dans tous les cas où le propriétaire, dont la matière a été employée à *son insu*, peut réclamer la propriété de l'espèce formée ou du mélange, comme il pourrait lui être onéreux de rembourser, soit le prix de la main d'œuvre, soit la valeur de l'autre matière, il a le choix de demander la restitution de sa matière en mêmes nature, quantité, poids, mesure et bonté, ou sa valeur (576).

120. 2° Ceux qui ont employé des matières appartenant à autrui, à l'insu des propriétaires, peuvent être condamnés à des dom-

---

(*a*) *Lisez* : les propriétaires des matières unies.

mages et intérêts, s'il y a lieu, sans préjudice des poursuites par voie extraordinaire, si le cas y échoit (577).

121. 3° Dans tous les cas où la chose reste en commun entre les propriétaires des matières dont elle a été formée, elle doit être licitée au profit commun (575).

## SECTION IV.

*Du droit d'accession relativement aux choses immobilières, et d'abord du droit d'accession relativement à ce qui est au-dessus du sol.*

SOMMAIRE.

122. La propriété du sol emporte celle du dessus; conséquence de cette maxime.

122. Le droit de propriété n'est pas borné au sol de la terre; il s'étend par accession à tout ce qui est au-dessus, à tout ce qui est au-dessous, à ce qui s'y unit par attérissement, alluvion, etc. Nous examinerons d'abord le droit d'accession sur ce qui est au-dessus du sol.

Suivant une ancienne maxime (1) consacrée par le Code, « la propriété du sol emporte la propriété du dessus (552). »

Ainsi, depuis la surface du sol en s'élevant jusqu'au ciel, s'il était possible d'y atteindre, tout appartient au propriétaire : *cujus est solum, ejus est utque ad cœlum.*

De là le droit d'empêcher qu'on ne suspende aucune chose sur notre héritage, des balcons, des galeries et autres choses quelconques; d'empêcher les arbres du voisin d'y étendre leurs branches, et de le contraindre à les couper (672) (2).

Le droit d'accession est surtout remarquable relativement aux plantations, édifices et constructions, aux eaux et sources qui coulent sur la surface du sol, et à certaines espèces d'animaux.

### § I.

**Des édifices, constructions et plantations.**

SOMMAIRE.

123. Le propriétaire peut faire sur son terrain toutes les constructions, etc., qu'il lui plaît.
124. Elles sont présumées faites à ses frais, si le contraire n'est prouvé.
125. S'il en a fait avec les matériaux d'autrui, il doit en payer la valeur; le propriétaire des matériaux ne peut les enlever.

(1) *Coutume de Paris*, art. 187; Blackstone, tome 2, page 18. — (2) La loi des *Douze Tables* ne permettait de les couper que jusqu'à quinze pieds. *V.* le *Commentaire* de Bouchaud, page 633, édition de 1787. Le Code civil permet de les faire couper à quelque hauteur que ce soit.

126. Il en serait autrement d'une statue ou colonne précieuse.
127. Des plantations faites sur notre terrain avec les plantes d'autrui.
128. Des constructions faites sur le terrain d'autrui. Distinction entre les possesseurs de bonne foi ou de mauvaise foi.
129. De l'usufruitier.
130. Du fermier ou locataire

123. Le propriétaire peut faire au-dessus du sol toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, aussi haut et de la manière qu'il lui plaît, sauf les exceptions et modifications établies par les lois et par les règlemens, ou par la convention (552).

124. Le propriétaire ayant seul le droit de faire des travaux sur ses héritages, il en résulte que toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire et à ses frais, *si le contraire n'est prouvé*, sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise, ou pourrait acquérir par titre ou par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment (553), soit même de tous les édifices et superfices, comme dans les domaines congéables.

Mais il peut être prouvé que les constructions ou plantations ont été faites ou par le propriétaire du sol avec les matériaux d'autrui, ou par un tiers possesseur avec ses propres matériaux.

125. Dans le premier cas, le propriétaire du sol qui a fait des constructions, plantations et ouvrages avec des matériaux qui ne lui appartenaient pas, doit en payer la valeur; il peut même être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu; mais le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever (554).

Cette disposition, qui est très ancienne, puisqu'en ce qui concerne les constructions elle remonte à la loi des Douze Tables (1), fut introduite pour empêcher que les ruines des maisons abattues ne rendissent l'aspect des villes désagréable; et quant aux plantations, le but a été d'empêcher qu'on ne troublât la culture, qu'il faut plutôt encourager.

Le Code ne distingue même pas si les constructions et plantations ont été faites de bonne foi ou de mauvaise foi; il réserve seulement, en ce dernier cas, l'action en dommages et intérêts, et même la poursuite extraordinaire ou criminelle, si les matériaux ont été volés.

126. Mais remarquez que le Code ne parle que des matériaux; c'est aussi pour les matériaux proprement dits que la disposition fut anciennement introduite. Si donc il avait plu au propriétaire d'insé-

(1) *V.* Pothier, *de la Propriété*, n° 178; Bouchaud, sur *la loi des Douze Tables*, page 532, édition de 1787.

rer dans son édifice une statue appartenant à autrui, une colonne d'un marbre rare ou d'un ouvrage précieux, le propriétaire de la statue ou de la colonne pourrait les réclamer (1).

127. Quant aux plantations faites par le propriétaire sur son sol avec les plantes d'autrui, le droit romain distingue :

Si la plante a poussé des racines, la propriété en est acquise par droit d'accession au propriétaire du sol ; si elle n'en a pas encore poussé, le propriétaire de la plante en conserve la propriété, et peut la réclamer, parce qu'il n'y a point, encore d'incorporation avec la terre, et qu'on ne nuit ni au sol, ni à la plante, en la reprenant pour la planter ailleurs.

Cette distinction, fondée sur l'équité et sur la nature des choses, n'a rien que de conforme à l'esprit du Code, et doit d'autant mieux être suivie aujourd'hui, que le goût des plantes exotiques et rares est devenu une passion, et qu'il y a des plantes qui, à raison de leur rareté, ont aux yeux du propriétaire un prix d'affection que ne peuvent partager des experts, et qu'il serait néanmoins injuste de sacrifier, lorsque la plante, n'étant point encore incorporée à la terre, peut, sans souffrir, être reprise par celui à qui elle appartient.

128. Lorsque les plantations, constructions et ouvrages, ont été faits par un tiers et avec ses matériaux sur le terrain d'autrui, il faut distinguer si ce tiers était possesseur de mauvaise foi ou de bonne foi.

Au premier cas, le propriétaire du fonds a l'option de retenir les plantations, constructions et ouvrages, ou d'obliger le tiers à les enlever.

S'il demande qu'ils soient enlevés, la suppression est aux frais de celui qui les avait faits, sans aucune indemnité pour lui ; il peut même être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu, pour le préjudice que peut avoir éprouvé le propriétaire du fonds.

Si le propriétaire préfère conserver ces plantations et constructions, il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main d'œuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir.

Au second cas, si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par *un tiers évincé*, possesseur de bonne foi, le propriétaire ne peut demander la suppression desdits ouvrages, plantations et constructions ; mais il a le choix ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main d'œuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur (555).

(1) C'est aussi ce que pense M. Maleville, sur l'art. 554.

129. Il faut remarquer que ce droit d'obliger le propriétaire à rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, n'est donné, par l'art. 555, qu'au *tiers évincé*, possesseur de bonne foi, c'est-à-dire à celui qui ignorait que le fonds appartenait à autrui.

Ce droit est refusé à l'usufruitier par l'art. 599. Il ne peut réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée.

Il peut seulement, ou ses héritiers, enlever les ornemens qu'il aurait fait placer, comme les glaces, les tableaux, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état. La raison de différence est que l'usufruitier savait que le fonds ne lui appartenait pas. En faisant des plantations, constructions et améliorations, il est censé avoir voulu en gratifier le propriétaire à la fin de l'usufruit, *donasse videtur*. Il pourrait aussi enlever les pépinières et autres arbres plantés pour vendre, et non placés à demeure. Nous en reparlerons au titre de l'usufruit (*a*).

130. L'art. 555 ne peut aussi s'appliquer au fermier qui a fait des plantations, constructions et autres impenses, sans consulter le propriétaire. Le Code ne nous donne point de règles pour décider les questions qui peuvent s'élever en ce cas, et sur lesquelles les auteurs ne s'accordent pas. Nous pensons, avec Pothier, que le fermier ne peut exiger que le prix des impenses nécessaires : quant aux impenses utiles, il ne peut s'en faire rembourser par le propriétaire qui n'a point donné ordre de les faire, et qui ne peut être contraint à les racheter; mais à la fin du bail, le fermier peut enlever tout ce qui peut l'être, sans nuire à l'héritage, en rétablissant les choses dans l'état où elles étaient (1). Le fermier peut aussi enlever ses pépinières et les arbres qu'il n'avait pas plantés à perpétuelle demeure.

Dans notre ancienne législation, « celui qui était condamné de « laisser la possession d'un héritage, en lui remboursant quelques « sommes, espèces, impenses, améliorations, ne pouvait être con- « traint de quitter l'héritage qu'après avoir été remboursé » (ordonnance de 1667, tit. 27, art. 9).

Cette disposition équitable, qui tend à prévenir des procès, est absolument dans l'esprit du Code; elle est même rappelée dans les art. 867 et 1948, à l'égard du cohéritier qui rapporte et du dépositaire. Il semble donc qu'elle doit être appliquée à tous les posses-

(*a*) *V.* n° 427 ci-après et la note. — (1) *V.* Pothier, *Contrat de louage*, n° 131; *V.* aussi Domat, *Lois civiles*, sect. 6, n° 5, *du Contrat de louage*; Brunneman, sur la loi 55, *ff. Locati*; Garsias, *de Expensis*, cap. 24

seurs de bonne foi, à qui le propriétaire est condamné de rembourser des impenses (1).

## § II.

### Sources et cours d'eau, étangs, lit et droit de pêche des rivières non navigables.

SOMMAIRE.

131. Des eaux ou sources qui naissent sur un fonds
132. On peut les retenir ou en changer la direction.
133. Objection rejetée par le Conseil d'état contre ce prin
134. Des sources nécessaires aux habitans d'une commune ou d'un hameau.
135. On peut user des eaux qui traversent un fonds, mais non en détourner le cours.
136. Les propriétaires inférieurs peuvent-ils se plaindre que les supérieurs en retiennent une trop grande quantité?
137. Des étangs, lorsque le droit en est acquis.
138. Obligations et charges des propriétaires de ces étangs.
139. Ils conservent le terrain que les eaux couvrent malgré la diminution des eaux, et les actes de possession faits par les riverains sur ce terrain sont réputés précaires.
140. Sous aucun prétexte, le propriétaire ne peut détourner le cours des eaux qui traversent son terrain.
141. Des eaux qui bordent les fonds.
142. Force des règlemens locaux sur le cours et l'usage des eaux.
143. Quelle autorité peut faire ces règlemens.
144. Droit de pêche dans les rivières non navigables, ainsi que leur lit, appartient aux riverains.
145. Qui peut décider si une rivière est navigable
146. On n'y peut plus faire de prise d'eau.

131. Il faut distinguer les eaux qui prennent naissance sur le fonds, celles qui le traversent, celles qui le bordent. En vertu de la règle que la propriété du sol emporte la propriété de tout ce qui est au-dessus, les eaux qui prennent naissance sur un fonds appartiennent au propriétaire de ce fonds. L'art. 641 n'a donc fait qu'énoncer une conséquence du droit de propriété, quand il a dit : « Celui qui « a une source d'eau dans son fonds, peut en user à sa volonté. »

132. Ainsi, il peut en retenir toutes les eaux et les empêcher de s'écouler sur les fonds inférieurs, en creusant des bassins pour les retenir, des canaux, des étangs ou tels autres ouvrages que bon lui semble.

Il peut changer la direction de leur courant; faire couler au midi ce qui coulait au nord, pourvu que les fonds sur lesquels il transporte le courant lui appartiennent, ou que les propriétaires de ces fonds.

(1) *V.* un arrêt de la Cour de Paris, du 1er mars 1803, rapporté par Denevers, pag. 19 du *Supplément*. — [Rennes, 8 février 1841, Sirey 41, 2, 453; Duranton, tome 4, no 382. *V.* du droit de retention, *Revue de droit français et étranger.*]

ne s'en plaignent pas; car il ne pourrait les obliger à supporter, contre leur volonté, un écoulement d'eau contraire au cours ordinaire de la nature.

Mais s'ils y consentent, le propriétaire du fonds sur lequel les eaux s'écoulaient auparavant, même de temps immémorial, en suivant leur pente naturelle, ne pourrait s'en plaindre, à moins qu'il n'eût acquis, par titre ou par prescription, la servitude de cours d'eau contre le propriétaire du fonds supérieur (*a*).

133. Lors de la discussion du Code au Conseil d'état, on objecta contre ce principe consacré par l'art. 641, que les eaux, ainsi que l'air et la lumière, étant restées dans l'état de communauté négative, ne sont pas susceptibles d'une propriété permanente, que la nature les a destinées à l'usage de tous, et qu'on n'y peut acquérir qu'une propriété passagère, qui ne dure qu'autant que la possession peut durer.

On en concluait que le propriétaire du fonds dans lequel l'eau sort, n'y peut prétendre qu'un droit de préférence ou du premier occupant; mais qu'après ses besoins satisfaits, la destination et la nature de l'eau, l'équité et l'intérêt public ne permettaient pas qu'il pût arbitrairement priver les autres des eaux qui peuvent leur être utiles.

On ne s'arrêta point à cette objection, et l'on eut raison; les principes en sont vrais, mais l'application n'en était pas juste.

On convenait que le propriétaire du fonds où se trouve la source a sur elle un droit de préférence, et qu'il peut user des eaux pour ses besoins. Si ces besoins exigent qu'il les retienne toutes, il peut donc le faire sans que personne puisse s'en plaindre; car lui seul doit être le juge de l'étendue de ses besoins.

D'un autre côté, avant que les eaux soient sorties de son fonds pour couler sur un autre, personne n'a acquis de droits sur elles. Enfin, il est libre de faire sur son fonds des ouvrages qu'il lui plaît.

S'il ne retient pas toutes les eaux, elles rentrent, au sortir de son fonds, dans la communauté négative (1). Il ne peut empêcher personne d'en user; mais s'il trouve plus d'utilité ou d'agrément à les faire sortir au nord plutôt qu'au midi, le propriétaire du fonds infé-

---

(*a*) L'art. 641 ne statue nominativement que sur les sources, mais il s'applique par identité de raison aux eaux pluviales : Zachariæ, tome 2, 236, n° 1. L'usage des eaux pluviales qui ne coulent pas de la voie publique est susceptible de possession et de prescription. Proudhon, *Traité du domaine public*, tome 4, nos 1331 et 1332; Zachariæ, tome 2, § 236, n° 3. L'usage de celles qui coulent de la voie publique est imprescriptible : *V.* Rej. 14 janvier 1823, Sirey, 23, 1, 173, Rej. 21 juillet 1825; Sirey 26, 1, 407; Rennes, 10 février 1826; Sirey 28, 2, 71; Limoges, 22 janvier 1839; Sirey, 39, 2, 284; Dall. 39, 2, 201; *idem* 14 juillet 1840; Sirey, 41, 2, 1 — (1) Blackstone, tome 2, pages 14 et 18.

rieur ne peut l'en empêcher, puisqu'il n'a pas de droit acquis sur ces eaux avant leur sortie du fonds supérieur, à moins qu'il ne l'eût acquis par titre ou par prescription (*a*).

Ce droit serait une servitude, et nous verrons dans la suite quelle possession est nécessaire pour en opérer la prescription.

134. Cependant, comme l'intérêt public doit toujours l'emporter sur l'intérêt particulier, le propriétaire d'une source n'en peut changer le cours, lorsqu'il fournit aux habitans d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est *nécessaire*. C'est alors une servitude légale dont nous parlerons dans la suite, mais il faut qu'il y ait *nécessite;* et dans ce cas-là même, il est dû une indemnité, qui est réglée par des experts (643) (*b*).

C'est ainsi que dans les temps de sécheresse, lorsque les eaux d'un étang sont nécessaires pour les moulins qui approvisionnent une ville, on force le propriétaire de l'étang à les laisser couler, mais en les lui payant à un prix convenu, à raison de chaque mètre de hauteur de l'eau qui s'écoule, comme il arrive assez souvent pour les moulins de la Vilaine, qui servent à l'approvisionnement de Rennes (1).

135. Les raisons qui donnent au propriétaire d'une source le droit de la détourner ou d'en retenir les eaux, peuvent être invoquées par celui dont une eau courante traverse l'héritage.

Le propriétaire peut user de ce courant comme bon lui semble, pendant l'intervalle qu'il y parcourt (644); et l'on ne voit pas d'abord de motifs suffisans pour l'empêcher d'en retenir toutes les eaux, ou d'en changer le cours. C'est un acte de propriété; et les propriétaires des fonds inférieurs n'ont acquis aucun droit sur ces eaux avant qu'elles soient sorties du fonds supérieur.

Mais la loi civile s'y oppose par un motif d'équité. Si le propriétaire d'un héritage que traverse un courant d'eau pouvait détourner ce courant, ou en retenir toutes les eaux au préjudice du fonds inférieur, le propriétaire supérieur aurait le même droit. En défendant à l'un ou à l'autre de détourner le cours de l'eau, la loi protége également leurs propriétés par la limitation même qu'elle y apporte. Ils peuvent user de l'eau pendant qu'elle traverse leur hé-

---

(*a*) *V.* en ce sens Cass. 29 janvier 1840; Devilleneuve, 40, 1, 207, et la note de l'arrêtiste. Ainsi en pareil cas l'art. 645 est inapplicable. *V.* aussi Rouen, 4 mai 1840; Journ. du Palais, tome 2, 1840, page 779. — (*b*) Le droit à l'indemnité se prescrit par trente ans. Pardessus, n° 138; Maleville, sur l'art. 643; Duranton, tome 5, n° 189, pensent qu'il n'est pas besoin d'ouvrages apparens pour cette prescription. Proudhon est d'une opinion contraire, *Domaine public*, tome 4, n° 1388. — (1) *V.* le *Gouvernement des paroisses*, par M. Potier de la Germondaye, page 477.

ritage, l'y faire circuler comme bon leur semble, mais à la charge de la rendre, à la sortie de leurs fonds, à son cours ordinaire (644).

136. S'ils creusaient des rigoles, des canaux, des bassins, des étangs assez vastes, pour retenir les eaux au point d'en diminuer le volume de manière à causer un préjudice notable aux fonds inférieurs, la question dépendrait des circonstances.

L'art. 645 porte que « s'il s'élève des contestations entre les propriétaires auxquels les eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété. »

Ainsi, de quelque manière que prononcent les tribunaux, le recours en cassation ne réussirait point, comme on peut le voir par deux arrêts rendus dans la même année, les 7 avril et 15 juillet 1807, et qui, quoique contraires en apparence, sont néanmoins rendus sur le même principe.

Dans l'espèce du premier (1) un sieur Bollet, dont un ruisseau traverse les propriétés, avait, en vertu de la possession immémoriale d'user des eaux pour l'irrigation de ses prés, pratiqué des ouvrages pour faciliter cette irrigation. Les propriétaires de deux moulins inférieurs s'en plaignirent; il en résulta un procès dans lequel il fut prouvé, 1° que Bollet avait fait des rigoles de dérivation, creusées et multipliées avec beaucoup d'intelligence, de manière à procurer à ses prés une irrigation très nécessaire; 2° que le ruisseau, insuffisant dans les temps secs pour faire tourner les moulins inférieurs, était encore diminué par les irrigations, d'ailleurs très avantageuses au propriétaire; 3° qu'il n'y avait, dans les héritages de Bollet, aucune excavation où l'eau pût se perdre; 4° mais que les prises d'eau qu'il avait pratiquées avaient nui aux moulins inférieurs.

Bollet fut condamné à détruire les ouvrages et à rétablir les choses dans le même état.

Par arrêt du 27 messidor an XIII, la Cour d'appel de Dijon déclara qu'il avait été bien jugé, sauf à Bollet à se pourvoir en règlement, avec les parties intéressées, sur le mode d'user du droit de prise d'eau pour l'irrigation de ses héritages.

Il se pourvut en cassation; et par arrêt du 7 avril 1807, son pourvoi fut rejeté,

Attendu que, suivant l'art. 644 du Code, les propriétaires dont les eaux traversent les héritages n'en peuvent user qu'à la charge de les rendre, à la sortie de leurs fonds, à leur cours ordinaire, et que

(1) Sirey, an 1807, page 183.

Bollet absorbait les eaux de telle manière, qu'il en résultait un préjudice considérable pour les usines inférieures;

Attendu, d'ailleurs, que l'art. 645 donne aux juges la faculté de concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété, et que les juges qui ont rendu l'arrêt n'ont fait qu'user de cette faculté.

Le second arrêt (1) rejeta le pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris, qui avait jugé qu'un sieur Provence, dont les propriétés sont traversées par deux ruisseaux qui se rendent ensuite dans un étang du sieur Berthelin, avait pu creuser des canaux et des bassins dans lesquels il rassemblait les eaux à leur passage; quoique ces ouvrages diminuassent considérablement la quantité d'eau que recevait l'étang du sieur Berthelin, et même le menaçassent de n'en plus recevoir du tout dans les temps de sécheresse; mais Provence rendait les eaux à leur cours ordinaire, à la sortie de ses fonds; et la Cour de cassation considéra que l'article 644 laisse au propriétaire, dont l'héritage est traversé par une eau courante, le droit d'en user, à la seule charge de la rendre à son cours ordinaire;

Que l'art. 645 laisse aux tribunaux le soin de concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété, dans le jugement des contestations entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles;

Que, dans l'espèce, l'eau qui traverse l'héritage de Provence coule, après qu'il en a fait usage, dans l'étang du sieur Berthelin, suivant son cours ordinaire, qu'ainsi l'arrêt attaqué était textuellement conforme aux dispositions des articles cités.

Il suit de là que les contestations pareilles n'offrent que des questions de fait que les juges seuls peuvent apprécier, et que leurs jugemens ne peuvent donner ouverture à la cassation.

137. Si les canaux, bassins ou étangs qui retiennent les eaux, et qui en privent les fonds inférieurs, existaient depuis un temps suffisant pour opérer la prescription, les voisins n'auraient plus le droit de s'en plaindre, et les tribunaux ne pourraient en ordonner la destruction sous le prétexte de l'intérêt de l'agriculture (*a*). Ces bassins, ces étangs, sont une propriété qui ne doit céder qu'à l'utilité publique dûment constatée, et moyennant une juste indemnité, comme nous le

1) Sirey, an 1807, page 470. — (*a*) Jugé aussi que le pouvoir des tribunaux ne va pas jusqu'à méconnaître les droits qui auraient été précédemment acquis sur les cours d'eau en vertu de titres particuliers. *V.* Rej. 19 juillet 1830, (Journ. du Palais à sa date); Cass., 24 janvier 1831; Sirey, 31, 1, 81; Dalloz, 31, 1, 66; Rej., 10 avril 1838, Devilleneuve, 38, 1, 842; Journ. du Palais, tome 2, 1838, page 232; Rej., 9 août 1843; Journ. du Palais, tome 1, 1844, page 295

dirons dans la suite. Une loi du 14 frimaire an II avait ordonné de dessécher et de mettre en culture tous les étangs qu'on est dans l'usage de mettre à sec pour les pêcher, et ceux dont les eaux sont rassemblées par des digues et chaussées; mais elle a été rapportée par une autre loi du 13 thermidor an III.

Suivant la loi du 11 septembre 1792, si les étangs pouvaient occasionner, par la stagnation de leurs eaux, des maladies épidémiques ou épizooties, ou si, par leur position, ils étaient sujets à des inondations qui envahissent et ravageassent les propriétés inférieures, les conseils de département, *aujourd'hui les préfets*, ou les conseils de préfecture, sont autorisés à en ordonner la destruction, sur la demande des conseils municipaux des communes, et d'après l'avis des sous-préfets. Mais les propriétaires devraient être indemnisés préalablement.

138. Si les particuliers ne peuvent faire ordonner la destruction des anciens étangs, ils peuvent obliger l'ancien propriétaire d'en tenir la bonde et la chaussée dans un état tel qu'ils ne puissent leur nuire. S'il n'avait pas soin de les réparer, il répondrait de tous les dommages que pourrait occasionner la chute des eaux. Ce n'est point ici le cas d'une force majeure; le dégât ne provenant que de la négligence des propriétaires, c'est sur eux qu'il doit retomber (1).

Le voisin qui s'apercevrait du mauvais état de l'étang pourrait sommer le propriétaire de le rétablir; mais indépendamment de cette sommation, le voisin peut toujours poursuivre ses dommages et intérêts, dès qu'il est en état de prouver que le dégât a été occasionné par le mauvais état de l'étang. C'est une juste conséquence de l'art. 1383 du Code civil.

Mais les riverains de l'étang ne peuvent se plaindre que l'eau couvre leurs terres dans les crues extraordinaires (558); c'est une servitude que le propriétaire de l'étang a acquise contre eux et par prescription. Il ne répond des inondations passagères que dans le cas où il aurait exhaussé sa chaussée ou la décharge de son étang, dont les riverains ont toujours le droit de demander la réduction à son ancienne hauteur; et s'il s'élève des contestations à ce sujet, c'est à l'autorité administrative de fixer cette élévation, ainsi que celle des déversoirs des moulins (2).

139. Le propriétaire de l'étang conserve toujours le terrain que

(1) Boutaric, des *Droits seigneuriaux*, page 570, édition de 1781. — (2) *V.* les art. 15 et 16 du tit. 2 de la loi du 6 octobre 1791, sur la *police rurale*. Les Parlemens fixaient autrefois la hauteur des eaux, parce que la police était dans leurs attributions *V.* les *arrêts de règlement* du Parlement de Bretagne, des 16 octobre 1754 et 5 mai 1783.

l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge, encore que le volume d'eau vienne à diminuer (558), comme dans les saisons de sécheresse; et les propriétaires riverains ne peuvent acquérir aucune possession utile sur ce terrain, que la loi conserve au propriétaire de l'étang. Ainsi, la possession d'y couper de l'herbe, d'y faire paître leurs bestiaux, ne pouvant être que précaire, ne leur attribue aucun droit, ni au possessoire (1), ni au pétitoire. Par la même raison, l'alluvion n'a pas lieu en faveur des propriétaires riverains d'un étang.

140. Mais si la source de l'étang ne prend pas naissance dans le fonds du propriétaire, il ne peut pas, plus que tout autre dont une eau courante traverse la propriété, en détourner les eaux, en tout ou en partie, sans les rendre à leur cours ordinaire. Les tribunaux ne pourraient l'y autoriser, même sous prétexte de l'intérêt de l'agriculture, sans contrevenir à l'art. 644 (*a*).

141. Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que les fleuves et rivières navigables ou flottables, peut *s'en servir* à son passage pour l'irrigation de ses propriétés (2) (644).

C'est à ce seul usage que son droit est borné; il n'est pas aussi étendu que celui du propriétaire dont l'eau courante traverse l'héritage, et qui peut *même user de l'eau* (*b*); expression énergique que l'art. 644 met en opposition avec celle de *s'en servir pour l'irrigation.*

C'est surtout à l'égard des eaux qui bordent différens héritages que, dans les contestations qui s'élèvent entre les propriétaires, les tribunaux *en prononçant*, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété (*c*).

142. Dans tous les cas, les règlemens particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux en général, doivent être observés (645), lorsqu'il en existe (*d*).

---

(1) *V.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 23 avril 1811, Sirey, 11. 1. page 312. — [ *V.* aussi Rej., 11 mai 1835; Sirey, 36, 1, 55; Dalloz, 35. 1. 309. Rej., 9 novembre 1841; Journ. du Palais, tome 1, 1842, page 51. ] — (*a*) *Sic* Rej., 20 février 1839; Devilleneuve, 39, 1, 414. — (2) Mais ce droit de prise d'eau cesse si la rivière non navigable ou le ruisseau change de lit, et va passer sur le fonds d'un voisin. Le propriétaire du fonds que l'eau a abandonné ne peut, pour rétablir sa prise d'eau, faire un canal au travers de l'ancien lit, *V.* l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 11 février 1811, Sirey, tome 15, page 100. — (*b*) *V.* Rej., 23 novembre 1829; Sirey, 29, 1, 403; Bourges, 7 avril 1837; Devilleneuve, 37. 2. 319; comp. toutefois, Caen, 19 août 1837; Devilleneuve. 38, 2, 25; Journ. du Palais, tome 1, 1838, page 180 et la note.— (*c*) L'article 644 ne s'applique pas à un canal; Pardessus, n° 111; Delvincourt, 1, page 380; Cass., 9 décembre 1818, liv. 19, 1, 168. — (*d*) *V.* Rej., 19 avril 1841, Journ. du Palais, tome 2, 1841. page 194 et la note.

143. Mais lorsqu'il n'en existe pas, à qui appartient-il de faire ces règlemens?

Il faut distinguer. S'il ne s'agit que de prononcer sur des contestations élevées entre particuliers, et de régler entre eux l'usage plus ou moins étendu des eaux, c'est aux tribunaux qu'il appartient de prononcer (1).

Mais s'il s'agit de prendre sur un cours d'eau une mesure de police, d'en ordonner le curage ou d'y faire faire des travaux quelconques, soit pour faciliter l'écoulement des eaux, soit pour empêcher qu'il ne nuise au public, la justice devient incompétente, et l'administration seule peut agir (2).

144. Les propriétaires n'ont pas seulement droit aux eaux qui traversent ou bordent leurs héritages, ils ont encore le droit exclusif d'y pêcher, à l'exception toujours des fleuves et rivières navigables ou flottables (3).

Quelques communes avaient prétendu que la pêche des rivières non navigables devait leur appartenir; mais le Conseil d'état a pensé que leur prétention devait être proscrite, et son avis a été érigé en décret le 30 pluviôse an XIII, imprimé dans le Bulletin des lois (4).

Les motifs ont été que l'abolition de la féodalité, à laquelle la pêche était autrefois réservée, a été faite, non au profit des communes, mais des vassaux, qui sont devenus libres dans leurs personnes et dans leurs propriétés; et que le droit de pêche, accordé aux communes dans les rivières non navigables, serait pour les propriétés des particuliers une servitude qui n'existe point, aux termes du Code civil.

Ainsi, la pêche des rivières non navigables appartient aux pro-

---

(1) *V.* le décret du 28 novembre 1809, imprimé dans le *Recueil* de Sirey, an 1810, 2e part., page 38. *V.* aussi un arrêt de la Cour de cassation, du 13 mars 1810, Sirey, page 215. — (2) *V.* les lois citées par M. Merlin, dans le *réquisitoire* sur lequel fut rendu l'arrêt de la Cour de cassation, du 4 février 1807, Sirey, an 1807, page 217 et suiv. — (3) *V.* la loi du 14 floréal an X, tit. 5. — *V.* l'art. 2 de la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale. Mes notes, sur cet article (collection des lois), démontrent que dans la pensée des législateurs la pêche appartient aux riverains. Mais, il faut convenir que le ministre des finances n'a pas accepté cette doctrine; et que la thèse opposée a été soutenue avec beaucoup de talent et de savoir dans une brochure publiée par M. Rives, conseiller à la Cour de cassation. On annonce que M. Championnière travaille à une réfutation de cet écrit. Pour moi, je crois que l'opinion favorable aux riverains doit être suivie. Toutefois M. Sorel-Desforges est d'un avis opposé. ] — (4) *V.* aussi le décret du 12 avril 1812, imprimé dans le *Bulletin des lois*. Il casse un arrêté par lequel le préfet du département du Cantal avait ordonné la démolition d'une digue construite par un particulier à travers la rivière non navigable de Cero; ce qui est conforme aux anciens principes *V.* les auteurs cités par Merlin, *Questions de droit*, vo Pêche, tome 4, page 20

priétaires riverains, sans pouvoir exercer ce droit qu'en se conformant aux lois ou règlemens locaux concernant la pêche, ni le conserver, si, par la suite, une rivière, aujourd'hui réputée non navigable, devenait navigable (*a*).

Le lit des rivières non navigables appartient également aux propriétaires riverains, et non aux communes.

145. C'est à l'autorité administrative qu'il appartient de décider si une rivière est navigable ou flottable, parce que c'est à cette autorité qu'est confié le soin de déterminer à quels signes on doit reconnaître la propriété publique (1).

C'était aux grands maîtres des eaux et forêts que l'ancienne législation avait donné le droit de déclarer si une rivière était navigable ou flottable (2). L'art. 41 du tit. 27 de l'ordonnance de 1669 dit que ce sont les rivières portant bateaux de leur fond *sans* artifices et ouvrages de mains.

146. Quoique les fleuves et les rivières navigables ou flottables soient des dépendances du domaine public, la loi du 6 octobre 1791, sur la police rurale, donnait à tout propriétaire riverain, en vertu d'un droit commun, celui d'y faire des prises d'eau, sans néanmoins en détourner ni embarrasser le cours d'une manière nuisible au bien général et à la navigation établie.

Mais cet article paraît implicitement abrogé par l'art. 644 du Code, qui ne donne ce droit que sur les eaux courantes, autres que celles qui sont déclarées dépendances du domaine public (3).

Néanmoins, un décret du 11 décembre 1808 a confirmé toutes les concessions de cours et prises d'eau, faites en Piémont par l'ancien gouvernement.

## § III.

### Pigeons, lapins et poissons.

Ces animaux appartiennent au propriétaire des colombier, garenne ou étang, en vertu du droit d'accession; mais il n'en est pas de ces animaux comme de ceux qui sont réduits à l'état de domesticité, tels

(*a*) *V.* art. 3. Loi du 15 avril 1829 : Lorsqu'une rivière a été rendue navigable par un entrepreneur qui a traité avec les riverains du droit de creuser, canaliser et rendre navigable, ces propriétaires riverains sont réputés avoir cédé leurs droits de pêche s'ils ne prouvent pas se l'être réservé. Cass., 28 juillet 1828; Sirey, 28. 1, 431. — (1) Arrêté du Directoire, du 2 nivôse an VI. — (2) Arrêt du Conseil, du 13 décembre 1722. — (3) *L'ordonnance des eaux et forêts* de 1669, tit. 27, art. 4, défendait de détourner l'eau des rivières navigables et flottables, et d'en détourner le cours par tranchées, fossés et canaux.

que les bestiaux; les poulets, etc., qui continuent d'appartenir à leur propriétaire, quoiqu'ils aient passé sur le terrain d'autrui.

Les lapins, au contraire, les pigeons et les poissons, qui passent dans un autre colombier, garenne ou étang, appartiennent au propriétaire de ces objets, pourvu qu'ils n'y aient point été attirés par fraude et artifice.

## SECTION V.

*Droit d'accession relativement à ce qui est au-dessous du sol.*

SOMMAIRE.

147. Conséquences du principe que la propriété du sol emporte celle du dessous.
148. Des mines et des trésors. Renvois.

147. La propriété du sol emportant celle du dessous (552), il en résulte que, depuis sa surface jusqu'au centre de la terre, s'il était possible d'y pénétrer, tout appartient au propriétaire.

De là le droit de couper lui-même, sans y appeler personne, les racines d'arbres qui avancent sur son héritage (672). Ce n'est qu'un acte de propriété qu'il exerce; et non une voie de fait.

De là encore le droit de faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il juge à propos, et de tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlemens relatifs aux mines, des lois et règlemens de police (552), et des dispositions de l'art. 674, sur la distance et les ouvrages requis pour certaines constructions.

148. Il est de l'intérêt public qu'une mine, qui peut être un objet précieux pour tout le royaume, ne soit exploitée que par des gens qui aient les talens et les moyens nécessaires pour en tirer le plus grand produit possible.

C'est dans la loi du 21 avril 1810 qu'il faut chercher les règles et les dispositions relatives aux mines, minières et carrières : elle divise toutes les masses de substances minérales ou fossiles renfermées dans le sein de la terre, ou existant à la surface, sous les trois qualifications de mines, minières et carrières, et elle donne sur chaque espèce des règles qu'il faut voir dans la loi même.

Les trésors cachés dans le fond de la terre appartiennent au propriétaire du sol par droit d'accession; mais les lois en donnent la moitié à l'inventeur; et, par cette raison, cette matière est traitée dans le troisième livre, qui contient les différentes manières d'acquérir la propriété.

## SECTION VI.

*Du droit d'accession sur ce qui s'unit au sol par atterissement ou par alluvion, et sur les îles et îlots.*

SOMMAIRE.

149. Des différentes espèces d'attérissemens.

149. On nomme attérissemens les terrains que les eaux de la mer ou des rivières forment sur leurs bords ou au milieu de leur lit, successivement et insensiblement, ou bien qu'elles y transportent tout à coup.

Il faut donc distinguer plusieurs sortes d'attérissemens :

1° Les accroissemens qui se forment successivement et insensiblement aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière : ils s'appellent alluvion;

2° Les accroissemens que forme l'impétuosité des eaux, lorsqu'elles transportent des morceaux de terre d'un lieu à un autre;

3° Les îles et îlots qui se forment au milieu du lit des rivières ou de la mer.

### § I.

**De l'alluvion.**

SOMMAIRE.

150. A qui profite l'alluvion ou les relais des rivières
151. Distinctions entre les changemens sensibles ou insensibles du lit des rivières.
152. Effet de l'alluvion; comment elle est partagée entre les riverains.
153. Ce droit n'a pas lieu à l'égard des relais de la mer, ni à l'égard des lacs et étangs.

150. C'est, comme on vient de le dire, l'accroissement que reçoit un fonds par les terres nouvelles que les eaux qui la baignent y apportent successivement et insensiblement (1).

L'alluvion profite au propriétaire riverain, soit qu'il s'agisse d'un fleuve ou d'une rivière navigable, flottable ou non (556) (*a*).

(1) § 20, *Instit. de Rer. divis.* — (*a*) Encore bien qu'elle provienne de travaux d'art exécutés par l'État. Rej., 8 juillet 1829 (Journ. du Palais à sa date). Paris, 7 juin 1839, Sirey, 40, 2, 29; Journ. du Palais, tome 2, 1829, page 77; Agen, 11 novembre 1840; Journ. du Palais, tome 1, 1841, p. 476. *Secùs* si les attérissemens se sont formées d'une manière perceptible et instantanée, Bourges, 27 mai 1839, Sirey, 40, 2, 29. Journ. du Palais, tome 2, 1840, page 466. Les attérissemens formés dans le lit d'une rivière navigable mais couverts par les eaux lorsqu'elles sont à la hauteur moyenne nécessaire pour la navigation ne peuvent être considérés comme une alluvion qui appartienne au propriétaire riverain (même arrêt) comp. Paris, 2 juillet 1831, Sirey, 32, 2, 142; Dalloz, 31, 2, 252. *Secùs* si l'adhérence des nouveaux terrains à la propriété rive-

Il en est de même des relais que forme l'eau courante qui se retire *insensiblement* de l'une de ses rives en se portant sur l'autre. Le propriétaire de la rive découverte profite *du terrain délaissé* par les eaux, sans que le riverain du côté opposé y puisse venir réclamer le terrain qu'il a perdu (557).

151. Mais remarquez que, pour appliquer ces principes, il faut distinguer (1) si le changement *du lit des eaux* s'est fait subitement ou insensiblement.

S'il a été subit, l'accroissement ne cesse pas d'appartenir au propriétaire de l'héritage qui a souffert la diminution, parce qu'il est évident que la portion détachée ou abandonnée faisait réellement partie de l'héritage auquel elle tenait auparavant.

Mais dans le cas d'un accroissement insensible, il appartient au propriétaire des terres voisines; et celui dont l'héritage est diminué par cette voie ne peut pas le revendiquer, parce que l'alluvion est un moyen d'acquérir, et qu'il est incertain si la portion accrue faisait originairement partie du terrain dont elle a été insensiblement détachée, ou de celui auquel elle a été réunie.

152. Par l'effet de l'alluvion, la propriété des nouvelles terres s'unit et se consolide à mesure qu'elles se forment aux terres anciennes, comme si ç'avait toujours été un seul et même fonds; de manière que l'augmentation opérée par l'alluvion est absolument de même nature que l'ancien fonds (2).

Chaque riverain acquiert tout ce qui se trouve en face de son terrain : ainsi, pour diviser, entre les différens riverains, les terres délaissées ou accrues par l'alluvion, il suffit de prolonger jusqu'à la rivière les lignes qui séparent leurs propriétés (*a*).

153. Le droit d'alluvion n'a pas lieu à l'égard des relais de la mer (557), qui sont considérés comme des dépendances du domaine public (538).

L'alluvion n'a point encore lieu à l'égard des lacs et étangs, dont le propriétaire conserve toujours le terrain que l'eau couvre quand

---

raine est habituelle bien qu'à certaines époques de l'année ils en soient séparés par un filet d'eau. Rej., 31 janvier 1838, Sirey, 28. 1. 794; Dalloz, 38, 1, 286.

(1) *V.* dans le *Nouveau Denisart*, v° Alluvion, un arrêt rendu entre le chapitre de Luçon et le baron de Champagne. — (2) Dumoulin, sur la *Coutume de Paris*, art. 1, gloss. 5, n° 115. — (*a*) Rouen, 26 avril 1839, Journ. du Palais, tome 2, 1839, page 245. En cas d'inondations et quelle qu'en ait été la durée, le terrain inondé demeure la propriété de son ancien maître, de telle sorte qu'à la retraite des eaux, il ne peut être considéré comme une alluvion qui profite aux propriétaires riverains. Rej., 26 juin 1833; Sirey, 33, 1, 622. Dalloz, 33, 1, 282; *idem* 20 janvier 1835; Sirey, 35. 1. 363; Dalloz, 35, 1, 49. Comp. toutefois, Rej., 25 avril 1842; Journal du Palais, tome 2, 1843, page 520.

elle est à la hauteur de la décharge de l'étang, encore que le volume de l'eau vienne à diminuer (1); et les actes de possession que pourraient faire les riverains sur ce terrain étant toujours précaires, ne les autorisent pas à former l'action possessoire contre le propriétaire de l'étang, qui aurait négligé d'agir contre eux dans l'année, comme nous l'avons dit *suprà*, n° 139.

Réciproquement, le propriétaire de l'étang n'acquiert aucun droit sur les terres riveraines que son eau vient à couvrir dans des crues extraordinaires (558). Loi 7, § 6, *ff. de Acquir. Rer. domin.*

## § II.

### Des transports formés par l'impétuosité des eaux.

SOMMAIRE.

154. Le propriétaire peut réclamer dans l'année la partie de son champ enlevée par les eaux

154. Si un fleuve ou une rivière, navigable ou non, enlève, par une force subite, une partie considérable et reconnaissable d'un champ riverain, et la porte vers un champ inférieur ou sur la rive opposée, le propriétaire de la partie enlevée peut réclamer sa propriété.

Mais il est tenu de former sa demande dans l'année; après ce délai il n'y est plus recevable, à moins que le propriétaire du champ auquel la partie enlevée a été réunie, n'eût pas encore pris possession de celle-ci (559); car, en ce cas, il serait censé avoir respecté ce terrain comme ne lui appartenant pas.

Le droit romain n'admettait l'incorporation du champ détaché au fonds riverain, que lorsque les arbres avaient poussé des racines (2).

Notre Code a donné une règle plus générale et plus fixe, en établissant que le champ enlevé est acquis au propriétaire riverain, par une année de possession écoulée sans réclamation.

## § III.

### Des îles et îlots, et du changement de lit des fleuves ou rivières.

SOMMAIRE.

155. Distinction entre les îles des rivières navigables et non navigables.
156. Les îles de ces dernières appartiennent aux riverains, et dans quelle proportion.
157. *Quid*, si la rivière coupe un champ voisin et en fait une île?
158. Du lit abandonné par une rivière pour en former un nouveau.

155. Les îles, îlots et attérissemens qui se forment dans le lit des

(1) *V.* Loi 12 *ff. de Acquir. Rer. dom.* 41, 1. — (2) *Instit. de Rer. div.*, § 21

fleuves ou des rivières navigables ou flottables, appartiennent à la nation, s'il n'y a titre ou prescription contraire (560), parce que ces fleuves et ces rivières sont des dépendances du domaine public.

156. Mais les îles et attérissemens qui se forment dans les rivières non navigables et non flottables, appartiennent aux propriétaires riverains du côté où l'île s'est formée.

Si l'île n'est pas formée d'un seul côté, elle appartient aux propriétaires riverains des deux côtés, à partir de la ligne qu'on suppose tracée au milieu de la rivière (561).

Cet article ne dit point pour quelle portion l'île appartient aux propriétaires riverains. Le droit romain (1), d'où il est tiré, dit que c'est en raison de l'étendue du front que chaque héritage présente au rivage, *pro modo latitudinis cujusque prædii quæ propè ripam sit.*

Ainsi, il suffit de prolonger la ligne de séparation de chaque héritage jusqu'à la ligne qui forme le milieu de la rivière, pour connaître la portion que chaque propriétaire riverain doit avoir dans l'île (*a*).

Mais il faut remarquer que si, depuis sa naissance, l'île acquérait de l'accroissement par alluvion, cet accroissement appartiendrait au propriétaire de l'île du côté où s'est faite l'alluvion, et non pas au propriétaire du fonds riverain au-devant duquel s'étendait l'accroissement.

157. Si une rivière ou un fleuve, en se formant un bras nouveau,

---

(1) § 22, *Instit. de Rer. divis.*, et *ibi* Vinnius. — (*a*) Le mode de procéder indiqué par M. Toullier et qui consiste à prolonger les lignes de séparation, n'est pas celui qui est indiqué par la loi romaine ou du moins les termes dont il se sert ne rendent pas exactement sa pensée : La loi romaine veut que l'on prolonge le front que présente chaque héritage sur la rive : elle ne se préoccupe pas de la direction des lignes qui le séparent des héritages contigus. Et c'est avec raison. En effet, dans ce système la ligne de front étant considérée comme base pour connaître la portion à laquelle chaque riverain a droit dans les alluvions ou dans les îles, il suffit d'élever à l'extrémité de cette ligne deux parallèles et de les prolonger jusqu'au milieu de la rivière. De cette manière la division des nouveaux terrains est toujours facile et complète : si au contraire, on procédait à la division en prolongeant les lignes de séparation il pourrait arriver non-seulement que des propriétaires riverains n'eussent aucune part des nouveaux terrains, malgré la disposition précise de l'art. 561 du C. civ., mais encore qu'on ne sût comment les partager entre les ayant-droit. Un exemple suffira pour le prouver: Supposons un héritage dont les lignes séparatives convergent de manière que leur point d'intersection se trouve entre l'île et la rive : en procédant de la manière indiquée on est conduit à ce double résultat : 1° Que le propriétaire de cet héritage n'a aucun droit à l'île; et 2° qu'on ne sait dans quelles proportions attribuer aux propriétaires voisins la part de cette île comprise entre la ligne qu'on suppose tracée au milieu de la rivière et le prolongement de celles qui séparent l'héritage dont il s'agit des deux héritages qui l'avoisinent. Il suffit de signaler de pareilles conséquences pour montrer qu'un semblable mode de division n'a pu être adopté par le législateur. Je suis redevable de cette observation à M. Serel-Desforges.

coupe et embrasse le champ d'un propriétaire riverain, et en fait une île, il conserve la propriété de son champ, encore que l'île se soit formée dans un fleuve ou dans une rivière navigable ou flottable (562).

158. Enfin, si une rivière, navigable ou non, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé (563).

---

## CHAPITRE III.

### *Limites de la propriété.*

Après avoir examiné à quelles choses s'étend la propriété en vertu du droit d'accession, il faut voir quelles en sont les limites entre différens héritages contigus.

On les fixe par la clôture ou par des bornes : mais il y a sur les confins, des choses mitoyennes, sur la propriété desquelles il faut donner des règles. Ce chapitre sera donc divisé en trois sections : 1° du droit ou de l'obligation de se clore; 2° du bornage; 3° de la mitoyenneté et des choses qui sont sur les confins.

---

## SECTION PREMIÈRE.

*De la clôture volontaire ou forcée.*

SOMMAIRE.

159. Le droit de se clore résulte du droit de propriété.
160. Il ne peut être exercé au préjudice des droits d'autrui.
161. Peut-il l'être au préjudice de la vaine pâture. Distinction
162. De la clôture forcée dans les villes et faubourgs.
163. On peut s'en dispenser, en abdiquant le terrain et la mitoyenneté du mur
164. Cette opinion a des contradicteurs.
165. A quoi s'étend la clôture forcée.
166. Ce qu'on entend par faubourgs.
167. Matériaux de la clôture.
168. Des haies et fossés. Renvoi

159. Tout propriétaire peut clore son héritage (647). C'est une conséquence du droit de propriété, qui autorise à user des choses d'une manière absolue, et qui consiste principalement dans le droit d'exclusion, c'est-à-dire dans le droit d'interdire aux autres l'usage et même l'accès des terres qui nous appartiennent.

Cette faculté naturelle de se clore n'avait jamais souffert d'atteinte en Bretagne; mais dans un grand nombre d'autres provinces de la France, la clôture des héritages en pleine campagne fut longtemps défendue, tantôt par le droit féodal, comme dans la coutume d'A-

miens, où l'on ne pouvait enclore sa terre de haies ni de fossés sans la permission du seigneur; tantôt par le despotisme de nos rois, qui sacrifiaient au vain plaisir de la chasse la propriété des citoyens (1), tantôt enfin à cause des servitudes de pâture et de parcours, établies réciproquement par les coutumes, la première entre les propriétaires d'une même commune, la seconde entre deux communautés d'habitans. Nous en parlerons au titre des servitudes. C'en était une très onéreuse que de ne pouvoir enclore son héritage. L'intérêt de l'agriculture ouvrit les yeux de l'ancien gouvernement sur cet abus. Plusieurs édits (2) rendirent aux habitans des différentes communes la faculté naturelle de clore leurs héritages, elle fut enfin étendue à toute la France, et hautement proclamée par la loi sur les usages ruraux, du 6 octobre 1791, tit. I, sect. 4, art. 4. Elle déclara que le droit de clore ses héritages résulte essentiellement du droit de propriété, et ne peut être contesté à aucun propriétaire.

160. Mais le droit de se clore ne peut être exercé au préjudice des droits d'autrui (647), de ceux, par exemple, qui auraient un droit de passage acquis sur le terrain déclos, soit fondé sur l'enclave et la nécessité, en vertu de l'art. 682, soit fondé sur un titre. Ainsi, dans les pays, où le parcours et la vaine pâture ont lieu, la clôture des terrains qui y sont assujettis ne peut préjudicier au passage nécessaire aux bestiaux pour aller aux terres qui restent ouvertes à la vaine pâture, comme nous le verrons au titre des servitudes, chap. I, § 6.

161. Mais le propriétaire peut-il, en faisant clore son héritage, le dégager de la servitude de vaine pâture? Autrement, peut-il le clore malgré le droit de vaine pâture établi ou reconnu en faveur d'une commune?

La loi du 6 octobre 1791, sur les usages ruraux, distingue si le droit est ou non fondé sur un titre particulier, ou seulement sur la coutume, sur un usage local et immémorial.

Si le droit de parcours et vaine pâture n'est pas fondé sur un titre, il ne peut en aucun cas empêcher les propriétaires de clore leurs héritages; et tout le temps qu'un héritage est clos, il ne peut être assujetti ni à l'un ni à l'autre droit.

Si le droit est fondé sur un titre, le propriétaire ne peut clore l'héritage qui s'y trouve assujetti.

Cette distinction, qui paraît fondée en principe, fut confirmée par la Cour de cassation, contre l'avis du savant procureur-général

(1) *V.* art. 24, tit. 30, de l'*ordonnance* de 1669. — (2) *V.* le *Nouveau Denisart*, v° Clos, Clôture.

Merlin, et par conséquent en pleine connaissance de cause, par un arrêt du 14 fructidor an IX (1); elle l'a été de nouveau depuis la promulgation du Code, par un arrêt du 13 décembre 1808 (2).

En effet, le Code ne paraît point avoir dérogé à la loi citée, en ce qui concerne le parcours et la vaine pâture, qui n'ont point été son objet, et dont il ne s'est occupé que pour dire que « le propriétaire qui veut se clore perd son droit au parcours et vaine pâture, « en proportion du terrain qu'il y soustrait. » Disposition qui n'est qu'un développement des principes établis par la loi du 6 octobre 1791, et par laquelle on ne peut croire que le législateur ait voulu déroger aux droits fondés sur une convention ou sur un titre.

162. La faculté de se clore, qui résulte aussi essentiellement du droit de propriété, est illimitée dans les campagnes; mais cette faculté est modifiée, dans les villes, par l'art. 663 du Code civil, suivant lequel chaque propriétaire peut contraindre son voisin, dans les *villes et faubourgs*, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture, faisant séparation de leurs *maisons*, *cours* et *jardins*, *assis èsdites villes et faubourgs*.

Cet article fixe la hauteur des clôtures, conformément aux règlemens et usages particuliers *constans* et *reconnus*; et à défaut d'usages et règlemens, à 32 décimètres ou 6 pieds, compris le chaperon, dans les villes de cinquante mille âmes; et 26 décimètres ou 8 pieds dans les autres.

Si le sol des deux héritages est d'inégale hauteur, celui dont le sol est plus bas doit contribuer pour moitié, depuis le bas de la fondation jusqu'à 10 ou 8 pieds de haut au-dessus de son sol; et celui dont le sol est le plus haut doit contribuer pour moitié jusqu'à ladite hauteur, et achever à ses dépens seuls l'élévation du mur jusqu'à 10 ou 8 pieds de haut, compris le chaperon, au-dessus du sol de son côté (3).

L'art. 663 est presque littéralement tiré de l'article 209 de la Coutume de Paris, devenu ainsi le droit commun du royaume.

Lorsque les voisins sont d'accord, ils peuvent faire leur clôture à la hauteur qui leur convient, quoique au-dessous de l'élévation qui est fixée par le Code (4). Cette faculté fut reconnue au Conseil d'état,

---

(1) *V.* le *Nouveau Répertoire*, vo Vaine pâture, page 306; Sirey, an 1809, page 78. — (2) Sirey, 9, 1, 72. — (3) *V.* Desgodets et Goupy, sur l'art. 209, no 5, page 343. Cependant M. Pardessus, 3e et 4e éditions de son *Traité des servitudes*, pense, d'après un arrêt rapporté par Denisart, vo Mur, no 13, que le propriétaire du terrain le plus élevé doit supporter seul les frais du mur qui soutient sa terrasse. Ses raisons nous paraissent très fortes et préférables à celles de Desgodets. On peut les comparer. — (4) Maleville, sur l'art. 663, et Desgodets, sur l'art. 209 de la *Coutume de Paris*, page 353.

lors de la discussion du projet de Code (1). Ce qui nous paraît prouver que l'obligation de se clore dans les villes n'est pas de droit public, mais de droit privé.

163. Le voisin qui ne veut pas contribuer aux frais de clôture peut s'en dispenser, en cédant la moitié de la place sur laquelle le mur de séparation doit être assis, et en renonçant à la mitoyenneté.

Cette faculté, fondée sur le droit d'abdication, fut reconnue par le Conseil d'état, lors de la discussion du Code (2). Elle est conforme à l'art. 656, qui permet à tout copropriétaire d'abdiquer la mitoyenneté d'un mur, pour se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions; elle est aussi conforme aux anciens principes établis par l'usement de Rennes, art. 3.

164. Cependant cette opinion, dans laquelle nous persistons, a des contradicteurs (3), qui prétendent que le droit d'abandon n'a pas lieu dans le cas de l'art. 663. Suivant eux, ce serait une exception au principe général établi dans l'art. 656; mais cette exception n'est point énoncée dans le texte de l'art. 663, et les exceptions qui ne sont pas dans la loi ne doivent pas être suppléées.

Les partisans de l'opinion contraire à la nôtre la fondent encore sur un ancien arrêt du 19 mars 1712, rapporté par Desgodets, sur l'art. 211 de la *Coutume de Paris*, n° 3. Mais outre que cette jurisprudence, particulière à la ville de Paris, était contraire à l'usage des autres provinces, telles que la Bretagne, on ne peut l'invoquer sous l'empire du Code, qui a suivi les vrais principes de la propriété, en érigeant en règle générale la faculté d'abandonner la copropriété, pour se dispenser de contribuer aux charges. Il n'a point fait d'exceptions relativement à la clôture forcée (*Voy.* ci-après n^os^ 216 — 218). Elle se trouve réformée par le retranchement de l'exception

---

(1) *V.* le *Procès-Verbal des conférences*, tome 3, page 151. — (2) *V.* le *Procès-Verbal*, tome 3, page 150, et Maleville, *ubi suprà*. — [*V.* en ce sens Rej., 19 décembre 1819; Sirey, 20, 1, 166; Cass., 5 mars 1828; Sir., 28, 1, 292; Toulouse, 7 janvier 1834; Sirey, 34, 2, 364; Dalloz, 34, 2, 147; Douai, 5 février 1840; Sirey, 40, 2, 203; Zachariæ, tome 2, § 240; *Secùs* Delvincourt, tome 1, n° 3, page 166; Duranton, tome 5, n° 319; Angers, 23 avril 1819; Sir., 20, 2, 203; Paris, 29 juillet 1823; Sirey, 23, 2, 334; Bordeaux, 7 décembre 1827; Sirey, 28, 2, 103; Amiens, 15 août 1838, Sirey, 39, 2, 157; Journ. du Palais, tome 1, 1839, p. 576.] — (3) M. Pardessus, *Traité des servitudes*, 224; Pothier, *Appendice au contrat de société*, n° 223; mais *V.* ci-après n° 218. M. Pardessus pense même, 4^e^ édition, page 256 : « Que ces principes conduisent à croire que, dans les lieux « où la clôture est forcée, celui qui aurait seul construit un mur entre son hé- « ritage et celui du voisin, pourrait obliger celui-ci à lui rembourser la moitié « de la valeur de ce mur, jusqu'à la hauteur de sa clôture. » Il ne dit pas que le voisin soit également obligé de payer la moitié du terrain sur lequel le mur est assis. Cependant les principes de l'auteur conduisent là. Cette conséquence nous paraît suffire, pour démontrer qu'on ne doit pas les admettre.

proposée et l'observation faite au Conseil d'état, d'autant plus décisive, qu'elle est conforme aux vrais principes de la propriété (*Voy.* au surplus ci-après, sect. III, n° 218).

165. La disposition de l'art. 663 étant contraire à la liberté naturelle, n'est susceptible d'aucune extension; ce n'est qu'aux *maisons, cours et jardins* (*a*) qu'on doit l'appliquer, et non pas aux champs cultivés ou aux prairies qui sont situés dans les faubourgs, derrière des maisons et jardins. Si un homme riche voulait les convertir en jardins, ou bien y bâtir une maison, il ne pourrait forcer le propriétaire du champ voisin de contribuer à la clôture, ou de lui abandonner la moitié du terrain sur lequel le mur de clôture devrait être assis (1).

Il en serait autrement si la ville prenant de l'accroissement, on établissait de nouvelles rues dans les endroits où il n'y avait que des terres cultivées et des prairies.

166. On entend par faubourgs la continuité des maisons qui sont hors des portes d'une ville, *continentia urbis ædificia*. Leg. 2 et 147, *ff. de V. S.* Aussitôt que cette continuité cesse, les faubourgs n'existent plus (2).

167. Quant aux matériaux de la clôture, le Code n'en parle point : on doit suivre l'usage des lieux, et considérer la nature des héritages (3). A Rennes, où l'usage est de clore les jardins avec des cloisons de planches appelées des *carrelis*, ou avec des murs en terre, on ne pourrait contraindre le voisin à la dépense d'un mur en pierres, beaucoup plus dispendieux (*b*).

168. Nous parlerons ci-après des clôtures en haies vives et des fossés.

## SECTION II.

*Droit de bornage.*

SOMMAIRE.

169. Objet du bornage; il se fait à frais communs.
170. Sur quel principe il est fondé.

(*a*) Ajoutez : et aux terrains qui en forment une dépendance nécessaire. Cass. 27 novembre 1827; Sirey, 28, 1, 122; Dalloz, 26, 1, 32; *idem* 14 mai 1828; Sirey, 28, 1, 308; Dalloz, 26, 1, 246. — (1) Ceci pourrait souffrir de la difficulté à Paris. *V.* Desgodets, *ubi suprà*. Mais on ne peut sans injustice appliquer aux petites villes de province tout ce qui se fait pour Paris. — (2) *V.* Pothier, *Appendice au contrat de société*. — (3) Desgodets, *ubi suprà*. — (*b*) Mais une haie ne forme point une clôture suffisante, Amiens, 15 août 1838; Sirey, 39, 2, 157; Journal du Palais, tome 1, 1839, page 576.

171. Ce qu'on entend par bornes.
172. Le bornage se fait à l'amiable, si les parties sont majeures et d'accord.
173. Où doit être portée l'action de bornage.
174. Les titres respectifs font la règle
175. S'il n'y a prescription contraire, fondée sur une possession non clandestine.
176. *Quid*, s'il n'y a point de titres, s'il ne s'accordent pas, si un seul en a, etc.?
177. S'il y a eu erreur dans le placement des bornes.
178. Du bornage dans une plaine.
179. La ligne tirée d'une borne à l'autre forme la limite.
180. Frais des incidens qui s'élèvent.
181. Qui peut intenter l'action de bornage. L'usufruitier le peut-il?
182. Le tuteur.

169. Lorsque deux héritages contigus n'ont jamais été séparés, et qu'on n'a point fixé la ligne qui doit les séparer, ou que les bornes ne paraissent plus, les deux voisins sont exposés à empiéter l'un sur l'autre, même sans le savoir. Il devient donc nécessaire de déterminer les points précis où l'un des héritages finit et où l'autre commence, et d'y planter des bornes qu'on puisse reconnaître : c'est ce qu'on appelle *bornage*.

« Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs « propriétés contiguës, et le bornage se fait à frais communs (646). »

170. Cette action dérive du même principe que l'action de partage. Personne n'étant obligé de rester dans l'indivision, personne aussi n'est obligé de laisser indécise la ligne qui doit séparer son héritage de l'héritage voisin.

Comme l'action de partage, l'action de bornage est imprescriptible; comme on peut en tout temps demander à sortir de l'indivis, on peut en tout temps demander à faire cesser la confusion des limites des deux héritages et à faire fixer ces limites.

171. On entend par *bornes*, en général, toute séparation naturelle ou artificielle qui marque les confins ou la ligne de division de deux héritages contigus. On peut planter des arbres ou une haie pour servir de bornes, creuser un fossé, élever un talus, un mur, etc.

Mais on entend communément par bornes, des pierres plantées debout et enfoncées en terre aux confins des deux héritages.

Quelquefois on plante, à chaque extrémité des confins, deux pierres réunies pour leur donner le caractère de bornes; d'autres fois on n'en plante qu'une seule; et pour la mieux caractériser, on brise une brique ou l'on fend une pierre en deux morceaux que l'on réunit, puis on les place au-dessous de la borne.

On appelle ces deux morceaux des *témoins*, parce qu'ils servent à distinguer la véritable borne des pierres que le hasard ou la malice pourraient placer au-delà ou en deçà.

Souvent aussi on se contente de placer deux pierres de moindre

grosseur aux deux côtés de la pierre bornale, pour lui servir de témoins. Il n'y a rien de bien uniforme sur ce point. Il est d'usage de faire mention des témoins dans le procès-verbal, où il est bon de donner les dimensions de la pierre bornale.

172. Le bornage, c'est-à-dire le placement des bornes nouvelles ou la reconnaissance des anciennes, peut se faire de concert et à l'amiable, si les deux voisins sont majeurs. Ils dressent alors le procès-verbal de l'opération par un acte double sous seing privé, ou, ce qui est beaucoup plus sûr, le font rapporter par un notaire.

Si les deux voisins ne peuvent s'accorder, ou si l'un d'eux est mineur, les bornes doivent être placées, en vertu de l'ordonnance de justice, par des experts convenus ou nommés d'office, qui prêtent serment et qui procèdent et rapportent leur procès-verbal dans les formes prescrites par le Code de procédure.

173. L'action de bornage est une action ordinaire qu'il faut, comme l'action de partage des biens indivis, porter devant le tribunal de la situation des biens, après l'essai de conciliation, dont on est dispensé s'il y a des mineurs intéressés dans la demande.

M. Maleville, sur l'art. 646, dit que l'action de bornage est mise dans l'attribution des juges de paix, par la loi du 24 août 1790; mais cette loi, tit. 3, art. 10, ne leur attribue que la connaissance des actions possessoires, au nombre desquelles elle met « *les déplacemens de bornes* et les usurpations de terres, arbres, haies, fossés et autres clôtures *commises dans l'année.* »

Si la loi n'a point attribué aux juges de paix la connaissance de l'action de bornage, c'est sans doute parce que cette action fait souvent naître des questions de propriété fort épineuses (1).

174. Chaque partie doit remettre de bonne foi ses titres aux experts-arpenteurs, afin que sur ces titres, comparés avec le terrain dont ils font l'arpentage, ils puissent déterminer les endroits où les bornes doivent être placées, et les y placer ensuite.

---

(1) Dans le *projet de Code rural*, imprimé en 1808 par ordre du Gouvernement, on suppose, art. 40, que l'action de bornage est dans les attributions des juges de paix. Si cet article est décrété, ce sera une innovation. Ce projet fut envoyé à l'examen des commissions consultatives nommées dans les départemens; plusieurs d'entre elles se sont prononcées contre cette nouvelle attribution, d'autres pour. Il faut attendre que le législateur ait prononcé. — [D'après la loi du 25 mai 1838, les juges de paix sont compétens pour statuer sur l'action en bornage comme sur l'action en déplacement de bornes lorsqu'il n'y a pas de contestation sur la propriété ou sur les titres qui l'établissent (art. 6, 2°). Si au contraire la propriété ou les titres sont contestés ils doivent d'office se déclarer incompétens et renvoyer l'affaire devant les tribunaux ordinaires. (Rej., 1er février 1812: Journ. du Palais, tome 1, 1812, p. 345; Cass. 12 avril 1813; Journ. du Palais, tome 1, 1813, p. 721).]

175. Ainsi, les titres respectifs font la règle, à moins que, par une possession quadragénaire, suivant l'ancien droit de Bretagne, et trentenaire, suivant le Code civil, l'un des voisins n'ait prescrit au-delà de ses titres; car, si l'on ne peut prescrire contre son titre, on peut prescrire outre son titre ou au-delà de son titre (1).

Par exemple, si l'un des voisins, à qui les titres ne donnent que dix hectares, en a possédé onze depuis trente ou quarante ans.

Mais il faut que la possession soit bien caractérisée et qu'elle ne puisse être réputée clandestine. On réputerait telle une légère anticipation faite en labourant la portion d'une pièce de terre où il n'y a pas de bornes (2) ou lorsque les bornes ne sont plus apparentes. Il est difficile d'apercevoir une pareille anticipation, à moins qu'elle ne soit considérable. Ainsi l'on doit toujours, nonobstant longue possession, recourir aux titres, lorsqu'ils fixent l'étendue des deux portions contiguës.

Si l'anticipation était assez considérable pour n'avoir pu raisonnablement être ignorée du voisin, ou s'il y avait des bornes visibles, elle ne pourrait plus être réputée clandestine, et la possession constante pendant trente ans opérerait la prescription (*a*).

176. S'il n'y a de titres de part ni d'autre, la seule possession doit faire la règle.

S'il y a de la différence entre les titres des deux voisins, la règle *melior est causa possidentis*, donne l'avantage à ceux du possesseur.

Si l'un a des titres qui fixent l'étendue de sa portion, pendant que l'autre n'en représente pas, les titres doivent servir de règle.

Si les deux voisins ont des titres, mais qui ne fixent point l'étendue de leurs portions, il faut partager également et par moitié, toujours en supposant qu'il n'y ait pas de possession contraire bien caractérisée.

Si les titres des deux voisins réunis donnaient une étendue plus ou moins grande que celle de tout le terrain, il faudrait faire une règle de proportion pour partager le profit ou la perte.

Par exemple, le terrain étant de six hectares, les titres de l'un lui donnent trois hectares, ceux de l'autre ne lui en donnent que deux;

---

(1) Art. 2240. *V.* les *Principes* de Duparc-Poullain, tome 8, page 28, Pothier, *Appendice au contrat de société*, n° 233; le *Nouveau Denisart*, v° Bornage, page 65. Leg. ult., *Cod. finium regundorum.* « *Decernimus in finali quæstione, non longi* « *temporis sed triginta annorum præscriptionem locum habere.* » — (2) *V.* la Coutume de Lille, chap. 6, art. 8. — [Comp. Besançon 10 mars 1828; Sirey, 28, 2; 275; Dalloz, 26, 2, 215.] — (*a*) Comp. Orléans, 24 août 1816; Sirey, 18, 2, 104; Dalloz, 15, 2, 40

il reste un hectare à partager dans la proportion de trois à deux. On divise cet hectare en cinq portions, pour en donner trois au premier et deux au second;

Et *vice versâ*, dans le cas où il y aurait de la perte. Par exemple, si le terrain ne contient que six hectares, si les titres de l'un lui en donnent six et les titres de l'autre trois, le premier doit être réduit à quatre hectares et le second à deux.

177. Si les bornes avaient été placées en vertu d'un titre commun et non contesté, et que, par erreur, elles se trouvassent avoir été mal placées; par exemple, si un partage entre deux personnes accordait à chacune six hectares dans une pièce de terre de douze hectares, et que, par la position des bornes l'une se trouvât jouir de sept hectares, l'autre de cinq, l'erreur devrait être réformée, à moins que le possesseur des sept hectares ne pût faire valoir la prescription de trente ans.

Après la vérification des titres et le mesurage des terres, on place les bornes, pour rapporter ensuite procès-verbal de l'opération.

178. Il arrive quelquefois que la demande de bornage entre deux personnes occasionne ou nécessite la même opération entre un plus grand nombre; lorsque, par exemple, le premier propriétaire d'une plaine demande le bornage à son voisin, et que ni l'un ni l'autre ne se trouvent avoir l'étendue de terrain portée dans leurs titres, on mesure le terrain du troisième, du quatrième propriétaire, et ainsi de suite, s'il est nécessaire, jusqu'à l'extrémité de la plaine.

S'il est reconnu, par le mesurage, que l'un des voisins a plus que l'étendue portée dans ses titres, et que l'autre en a moins, on doit parfaire ce qui manque à celui-ci par ce que l'autre a de plus : *Qui majorem locum in territorio habere dicitur, cæteris qui minùs possident, integrum locum assignare compellitur.* Leg. 7, *ff. finium regund.*

179. En général, les bornes plantées aux extrémités des héritages indiquent que, pour former la limite, il faut tirer une ligne droite d'une borne à l'autre.

Si l'inégalité du terrain ou sa trop grande étendue empêchait que de l'une des bornes on pût apercevoir l'autre, on en placerait une troisième dans un point d'où l'on pût apercevoir les deux autres.

180. Quoique le bornage se fasse à frais communs, il peut, à son occasion, s'élever des incidens qui suivent le sort de tous les procès, dont les frais sont supportés par celui qui succombe.

181. L'action de bornage peut être intentée non-seulement par le propriétaire, mais encore par toute personne qui possède *pro suo*,

sans que le voisin puisse exiger la preuve de son droit de propriété : la possession le fait présumer propriétaire.

Elle peut l'être par l'usufruitier, qui a un droit réel sur la chose; mais il est alors de la prudence de mettre le propriétaire en cause, afin que le bornage soit contradictoire avec lui, sans quoi il en pourrait demander un nouveau à l'expiration de l'usufruit.

M. Pardessus (1) pense, contre l'avis de Pothier et des auteurs qui ont écrit avant le Code, que l'usufruitier ne peut intenter l'action de bornage, par la raison que l'art. 646 ne lui donne pas ce droit : « *Tout propriétaire* peut obliger son voisin au bornage. »

Mais cette expression n'est point limitative. Tout *propriétaire*, c'est-à-dire tous ceux qui exercent un droit de propriété, tels que le possesseur *pro suo*, l'usufruitier, qui a un droit réel, l'emphytéote, à la différence de ceux qui n'ont qu'un titre précaire, tels que les fermiers.

Nous pensons donc qu'il faut s'en tenir à l'ancienne doctrine (2), à laquelle le Code n'a point dérogé.

Le fermier qui n'a pas le droit d'intenter l'action de bornage, peut se pourvoir contre son bailleur, et conclure à ce qu'il soit tenu de faire cesser le trouble qu'il éprouve dans sa jouissance de la part du voisin ; en faisant borner l'héritage tenu à ferme.

182. L'action de bornage ne tend qu'à conserver à chacune des parties l'intégrité de son héritage. C'est donc un acte d'administration qui peut être fait par le tuteur, sans consulter le conseil de famille, sauf à prendre son avis sur les incidens qui feraient naître une question de propriété.

## SECTION III.

*Droit de mitoyenneté des murs, haies et fossés, des arbres qui sont sur les confins des héritages*

Après avoir vu comment on détermine les limites de la propriété lorsque les héritages n'en ont point de fixes, il faut voir comment on termine les contestations qui peuvent s'élever tant au sujet des limites, lorsque les héritages sont séparés par des murs, haies ou fossés, qu'au sujet des arbres qui sont sur leurs confins.

(1) *Traité des servitudes*, page 166 Cet auteur a changé d'opinion. *V.* page 568 de sa 4e édition. — (2) Fondée sur la raison et sur la loi 4, § 9, *ff. Finium regund.* — [Bordeaux, 23 juin 1836; Sirey, 37, 2, 37. Journ. du Palais, tome 1, 1837, page 179. — Comp. Rouen, 6 novembre 1835; Sirey, 36, 2, 207; Journ. du Palais, tome 1, 1839, page 612.]

## § I.

### De la mitoyenneté des murs.

SOMMAIRE.

183. Qu'est-ce que la mitoyenneté?
184. Division de la matière.

183. Ces deux expressions *mitoyen* et *commun* ne sont pas synonymes. Une chose est commune lorsque, dans sa totalité comme dans chacune de ses parties, elle appartient à deux ou plusieurs personnes, sans qu'on puisse indiquer quelle est la partie qui appartient à l'une plutôt qu'à l'autre.

C'est le cas des propriétés indivises, dans lesquelles chacun des propriétaires a, comme on le dit, *totum in toto, et totum in qualibet parte*.

Parce qu'il peut avoir la totalité de la chose, ou du moins la totalité de chaque partie, par l'effet du partage que chacun est toujours libre de provoquer (*a*).

Un mur mitoyen, au contraire, est celui qui est placé sur les extrémités de deux héritages contigus, qui a été construit à frais communs, et qui est assis moitié sur le terrain de l'un des propriétaires voisins, et moitié sur le terrain de l'autre; en sorte que la véritable ligne de séparation entre les deux héritages se trouve à la moitié du mur. Ainsi, à proprement parler, le mur n'est pas commun, il est mitoyen. La moitié qui appartient à chacun des deux voisins est connue et déterminée; c'est celle qui joint son héritage.

Néanmoins, comme les deux parties du mur sont inséparables et ne forment ensemble qu'un même corps, le mur est censé une chose commune entre les deux voisins (1).

184. Voyons maintenant comment s'établit la mitoyenneté des murs, les droits qu'elle donne, les charges qui en résultent, comment elle finit.

---

(*a*) Un propriétaire indivis n'a point *totum in toto, vel totum in qualibet parte*, et cela par la raison qu'une chose ne peut appartenir pour le tout à deux ou plusieurs individus : *Duorum in solidum dominium esse non potest.* L. 5, § 15, *ff. Commodat. vel contrà.* La circonstance que le partage peut lui faire avoir la totalité de la chose, confirme au besoin cette vérité; car, s'il avait déjà toute la chose, il est clair que le partage ne pourrait rien lui faire acquérir : il faut donc substituer dans le texte le mot *partem* au mot *totum*, et lire *partem in toto et partem in qualibet parte.* — (1) Pothier, *Appendice au contrat de société*, nº 199.

ART. I.

*Comment s'établit la mitoyenneté.*

SOMMAIRE.

185. Fondement de la présomption légale de mitoyenneté: jusqu'où elle s'étend.
186. *Quid*, s'il y a des bâtimens ou vestiges de bâtimens des deux côtés?
187. Distinction, lorsqu'il n'y a de bâtimens que d'un côté.
188. La présomption légale ne cède pas au droit de possession, mais elle cède aux marques contraires à la mitoyenneté.
189. Quelles sont ces marques.
190. Le chaperon et les filets ou larmiers sont des marques équivoques.
191. Lieux où les règles sur la mitoyenneté ne sont pas applicables.
192. Les anciennes marques de non-mitoyenneté peuvent encore être invoquées.
193. Faculté d'acquérir la mitoyenneté;
194. En tout ou en partie, mais jusqu'à la fondation
195. Comment le prix est fixé
196. Pourquoi a été établi le droit d'acquérir la mitoyenneté.
197. Ce droit cesse si le propriétaire a une servitude de vue sur le fonds voisin.
198. L'un des voisins ne peut contraindre l'autre à acquérir la mitoyenneté.

Si la mitoyenneté est fondée sur une convention, le titre qui l'établit en règle les charges et les effets. A défaut de titre, le Code établit une présomption légale qui en tient lieu, et qui ne cède qu'aux preuves ou aux marques contraires. « Dans les villes et dans les « campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiment jus- « qu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, et même *entre enclos* « dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou *marque* « du contraire (653). »

185. Cette présomption légale est fondée sur ce que chaque voisin ayant un égal intérêt à se clore, on présume naturellement que chacun a contribué à la clôture. Cet intérêt cessant, la présomption cesse.

Ainsi, la présomption de mitoyenneté ne s'étend que jusqu'à la hauteur à laquelle l'un des voisins avait intérêt d'élever le mur.

Un simple mur de clôture, sur lequel il n'y a de côté ni d'autre, ni bâtiment, ni vestiges de bâtiment, est présumé mitoyen dans les villes, et *entre enclos* dans les champs. Chacun avait un égal intérêt à se clore.

Mais le mur qui soutiendrait une terrasse, ou qui, par la position des lieux, paraîtrait évidemment n'avoir été construit que pour l'utilité particulière de l'un des deux voisins, ne serait pas réputé mitoyen (1).

186. S'il y a des bâtimens des deux côtés du mur, s'il sert de

(1) V. le *Nouveau Répertoire*, vo Mitoyenneté, § 1, no 5, tome 3, et M. Pardessus, no 164.

*séparation entre bâtimens*, il est présumé mitoyen, seulement jusqu'à la hauteur du bâtiment le moins élevé, ou, comme le dit notre article, jusqu'*à l'héberge*. Le surplus appartient au propriétaire de l'héberge ou habitation supérieure, qui seul en avait besoin pour soutenir son bâtiment.

S'il n'y a de bâtiment que d'un côté, mais qu'il y ait des vestiges qui annoncent qu'il en a existé de l'autre côté, comme des cheminées, etc., le mur est présumé mitoyen jusqu'à la hauteur nécessaire pour établir une héberge au lieu où sont ces vestiges.

187. Enfin, s'il n'y a de bâtimens que d'un côté, sans vestiges qu'il en ait existé de l'autre, il faut distinguer.

Dans les villes où la loi oblige les voisins à se clore à frais communs, le mur, quoiqu'il n'existe de bâtimens que d'un côté, est présumé mitoyen, seulement jusqu'à la hauteur prescrite pour les murs de clôture.

Mais en campagne, le mur est présumé appartenir à celui dont il soutient le bâtiment. On présume qu'ayant seul besoin de ce mur, il l'a aussi fait construire seul sur son terrain et à ses dépens.

C'est par ce motif que les simples murs de clôture, sans bâtimens de côté ni d'autre, ne sont présumés mitoyens dans les campagnes, que lorsque le champ voisin est également enclos de murs. C'est ce que dit l'art. 653, *entre enclos dans les champs* (*a*).

188. La présomption de mitoyenneté cède aux titres contraires, mais non à la simple possession annale, quelque bien caractérisée qu'elle pût être, à moins qu'elle ne remontât à un temps suffisant

---

(*a*) Je pense au contraire que cette distinction ne doit pas être faite, et que, dans les deux cas, il faut décider que le mur est présumé appartenir au propriétaire du bâtiment. L'art. 653 a pour objet d'indiquer les différens cas dans lesquels un mur est présumé mitoyen. On ne saurait en admettre d'autres : les présomptions légales sont de droit étroit : or, d'après cet article, un mur de moellon n'est présumé mitoyen qu'autant qu'il y a des bâtimens des deux côtés, et cela a lieu pour les villes comme pour les campagnes. Les termes de la loi sont précis. Il est vrai que dans les villes les voisins sont obligés de se clore à frais communs : mais faut-il, conclure de là que dans les villes tout mur de séparation doit être présumé mitoyen? Non certes. Dans notre hypothèse cette présomption sera presque toujours contraire à la vérité. « Si celui qui a bâti un édifice, dit la Cour de Pau dans un arrêt du 18 avril 1834 (Journ. du Palais, à sa date), pouvait obliger son voisin à contribuer à la construction d'un mur de clôture ordinaire, on peut d'autant moins en conclure à la rigueur qu'il a usé de son droit, que le mur destiné à soutenir un bâtiment doit être plus épais, plus solide et partant plus coûteux qu'un simple mur de clôture, et qu'ainsi il n'est pas naturel de supposer que le voisin se soit soumis à une dépense dont il n'était pas tenu. » Par conséquent, on doit décider d'une manière générale que le mur est présumé appartenir à celui dont il soutient le bâtiment. Telle est aussi l'opinion de M. Duranton, tome 5, no 303; de Zachariæ, tome 2, § 239, no 2, et de M. Serel-Desforges.

pour opérer la prescription (1). Si l'un des voisins avait obtenu, au possessoire, un jugement qui l'eût maintenu dans la propriété du mur séparant leurs héritages, l'autre voisin pourrait former l'action pétitoire sans produire de titre (2), parce qu'il a un titre dans la présomption légale de mitoyenneté, qui ne doit céder qu'aux preuves contraires.

Mais la loi regarde comme preuves contraires à la mitoyenneté, les marques ou indices que peut offrir l'état des lieux.

189. Le Code donne, pour exemples de ces marques, les corbeaux, le chaperon et les filets ou larmiers destinés à l'égout du mur.

Les corbeaux sont des pierres saillantes ordinairement destinées à supporter une poutre ou autre fardeau. On en met aux murs de peu d'épaisseur, pour donner plus de portée aux poutres. Ces pierres sont plates sur le dessus où la poutre doit être posée, et arrondies au-dessous, ou, comme disent nos coutumes, *acamusées*, c'est-à-dire coupées en biais par une ligne courbe, d'où leur est venu le nom de *corbeau*, du vieux mot gaulois *corbe*, qui signifie *courbé*, *curvatus*.

Nos anciennes coutumes (3) appellent *corbeau renversé* celui dont le courbe est en dessus et le plat en dessous, et *corbeau à droit* celui qui est dans son sens naturel, le plat en dessus prêt à recevoir la poutre, et le courbe en dessous. Le mur était réputé mitoyen au voisin du côté duquel il y avait des corbeaux posés à droit, et non mitoyen si les corbeaux étaient renversés (*a*).

Ce sont, dit le judicieux Coquille, des expédiens que nos ancêtres ont inventés pour servir de témoignage perpétuel, et sont témoins muets.

---

(1) *V.* le *Nouveau Répertoire*, Mitoyenneté, page 315, n° 8. — (2) Il existe alors un conflit entre deux présomptions; l'une qui réputo le possesseur propriétaire, l'autre qui réputo tout mur mitoyen, jusqu'à la preuve contraire. Mais cette dernière présomption est spéciale pour la matière; elle est écrite dans la loi; elle doit l'emporter sur une présomption plus générale qui résulte de l'esprit de la loi. Ainsi l'a jugé un arrêt de la Cour de Rennes, rapporté dans le *Journal* de MM. Carré et Duguen, tome 1, page 133. *V.* ci-après nos 228 et 229. — [*Sic* Merlin, *Répertoire*, vo Mitoyenneté, § 1, n° 8; Pardessus, *Traité des servitudes*, n° 161; Zachariæ, tome 2, § 239, n° 5. *Secùs* Duranton, tome 5, n° 314.] — (3) Orléans, art. 241, et *ibi* Lalande; Nivernais, chap. 10, art. 14, et *ibi* Coquille. — (*a*) Cette dernière phrase contient évidemment une inexactitude. Voici en effet ce que disait l'art. 241 de la *Coutume d'Orléans* : « Quand les murailles étant entre deux héritages sont mis et assis, aucuns corbeaux ou pierres étant en veues et lieux apparents et ayant saillies; et tels corbeaux et pierres sont accamusés par dessous, en faisant l'œuvre et sans fraude; iceux corbeaux et pierres démontrent que tout le mur est commun aux dits deux héritages. Et si les dits corbeaux ou pierres sont accamusés par dessus, démontrent que les dites murailles sont communes jusques aux dites pierres et corbeaux. Il faut que les dites pierres et corbeaux aient saillie »

Le Code conserve cette présomption, en disant qu'il y a marque de non-mitoyenneté lorsque, dans un mur de clôture, il n'y a que d'un côté des corbeaux qui y ont été mis en bâtissant le mur (654). S'ils avaient été placés depuis que le mur a été construit, ils seraient censés ajoutés par un voisin à l'insu de l'autre.

Il ne faut pas confondre avec les corbeaux, les harpes de pierre laissées du côté d'un voisin. Celui qui bâtit le premier jette ces harpes, pour que la maison de son voisin, lorsqu'il viendra à bâtir, soit liée avec la sienne, et pour éviter les entailles et incrustemens qu'on serait obligé de faire pour former des liaisons. Ces harpes, qu'on appelle aussi *pierres d'attente*, ne sont pas des marques de mitoyenneté (1).

Le *chaperon* est le sommet d'un mur de clôture, que l'on crépit avec du mortier de chaux et sable, ou avec du plâtre. Il s'élève en pointe ou en crête au milieu de l'épaisseur du mur, et présente un plan incliné des deux côtés pour faciliter l'écoulement des eaux; et il est d'usage de faire, au bas du chaperon, des filets ou larmiers en tuiles ou pierres plates un peu saillantes, pour jeter l'eau hors du parement du mur.

Lorsque le chaperon présente, comme on vient de le dire, un plan incliné avec des filets ou larmiers des deux côtés, le mur est présumé mitoyen. (art. 214 de la *Coutume de Paris*).

Au contraire, il y a marque de non-mitoyenneté, lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné (654); le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout et les filets.

On présume que le chaperon a été ainsi construit, parce que l'autre voisin n'était pas obligé de supporter l'égout du mur sur son terrain (*a*).

190. Mais le chaperon et les filets ou larmiers ne sont que des indices équivoques de mitoyenneté (2). Il faut remarquer que l'article 654, qui les donne comme marques de non-mitoyenneté, dans le cas où l'égout et les filets ne sont que d'un côté, n'est point allé jusqu'à les donner pour marques de mitoyenneté quand ils sont des deux côtés.

D'ailleurs, cet article est la suite de l'art. 653, qui ne parle que

---

(1) Goupy, sur Desgodets, art. 211, page 412. — (*a*) Mais s'ils avaient été placés au vu et su du voisin, depuis trente ans ou plus, ils feraient preuve de non-mitoyenneté. Pardessus, *Servitudes*, n° 163; Duranton, tome 5, n° 309. — (2) *V.* Desgodets, sur l'art. 214 de la *Coutume de Paris*.

des murs de séparation *entre bâtimens*, ou *entre cours et jardins dans les villes*, et *entre enclos* dans les campagnes.

Ainsi, dans les campagnes, si l'un des héritages seulement était enclos de murs, le chaperon et les filets établis du côté de l'héritage déclos ne suffiraient pas pour faire présumer que le mur appartient pour moitié au propriétaire de ce dernier héritage ; on penserait plutôt, ou que le propriétaire de l'héritage enclos a laissé un terrain suffisant pour supporter l'égout de son mur, ou que cet égout n'étant pas gênant pour l'héritage déclos, le propriétaire l'a toléré.

191. Ces règles sur la mitoyenneté des murs ne sont pas applicables aux lieux où l'usage n'était pas de bâtir des maisons contiguës, et où, comme à Rome, on était obligé au contraire de laisser un espace vide entre les maisons qui, par cette raison, étaient souvent appelées des îles, *insulæ*.

192. Le Code n'ayant pas d'effet rétroactif, les signes ou marques de non-mitoyenneté admis par les coutumes, peuvent toujours être invoqués à l'égard des murs construits avant la promulgation du Code (1).

193. Quand la non-mitoyenneté serait prouvée, tout propriétaire joignant (*a*) un mur, même à la campagne (2), a la faculté de le rendre mitoyen, en tout ou *en partie*, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti (661) (*b*).

C'est la valeur actuelle du mur que le voisin est tenu de rembourser, sans considérer ce qu'il a coûté au temps de la construction.

Quant à la valeur du sol, il en doit le remboursement quand même le mur eût été autrefois mitoyen et eût cessé de l'être par l'abandon qu'il en a fait pour se dispenser des réparations (3) ; car l'autre voisin était devenu propriétaire par cet abandon.

Le Code n'exige point que celui qui veut acquérir la mitoyenneté

---

(1) *V.* les *Questions transitoires* de M. Chabot, v° Servitudes, M. Duranton, tome 5, n° 311. M. Pardessus paraît d'une opinion contraire, *Traité des servitudes*, page 200. — (*a*) Immédiatement. Duranton, tome 5, n° 324, Zachariæ, tome 2, § 239. *Secùs* Pardessus, *Servitudes*, n° 154; Bourges, 9 décembre 1837, Sirey, 38, 2, 159; Journ. du Palais, tome 2, 1838, p. 179. Comp. Delvincourt, tome 1, n° 15, page 167. — (2) Pothier, *Appendice au contrat de société*, n° 249. — (*b*) Cette faculté ne s'étend pas au cas où ce mur dépend d'un édifice public, hors du commerce, notamment d'une église, Toulouse, 12 mai 1831; Sirey, 31, 2, 276; Dalloz, 31, 2, 153. *Secùs* si la destination de cet édifice vient à changer et qu'il devienne propriété privée. Cass., 5 décembre 1838; Sirey, 39, 1, 33; Journ. du Palais, tome 2, 1838, page 543. — (3) L'art. 212 de la *Coutume de Paris* avait une disposition précise. *V.* aussi Pothier, n° 253.

prouve qu'il en a besoin; il suffit qu'il le veuille, sans être obligé de rendre compte de ses motifs (*a*).

194. On ne peut le forcer à acquérir la mitoyenneté de tout le mur; il peut n'acquérir que la partie qui lui plaît, et jusqu'à la hauteur dont il a besoin : il paie alors la valeur du terrain et du mur, dans la longueur seulement et dans la hauteur qu'il veut acquérir, mais jusqu'à la fondation.

Cependant, si le propriétaire du mur avait construit des caves qui le forçaient de faire la fondation beaucoup plus profonde qu'il n'est nécessaire pour des bâtimens ordinaires, le voisin, qui ne veut point avoir de caves, n'est obligé de rembourser la valeur de la fondation que jusqu'à concurrence de la partie nécessaire pour soutenir son édifice (1).

195. Le prix de la mitoyenneté est fixé par des experts, si les deux voisins ne peuvent s'accorder, et ce prix doit être payé préalablement à toute entreprise.

Mais les frais d'expertise ne sont point en commun comme les frais de bornage; ils doivent suivre la règle générale. Celui qui veut acquérir la mitoyenneté doit offrir une somme pour prix de la valeur de la moitié du mur et du sol. Si l'offre est rejetée, on nomme des experts; et suivant que l'offre est trouvée suffisante ou insuffisante, les frais sont supportés par le défendeur ou par le demandeur (*b*).

Si, au lieu d'offrir une somme, le voisin demandait à acquérir la mitoyenneté, suivant la valeur à dire d'experts, et que l'autre, sans le presser d'offrir une somme, consentît à nommer des experts, les frais seraient au compte du demandeur, qui serait en faute de n'avoir pas fait d'offre.

196. L'obligation imposée à tout voisin de vendre la mitoyenneté du mur contigu à un autre héritage, est contraire à la loi de la propriété, en ce qu'elle force un propriétaire à aliéner; mais l'utilité générale, la décoration des villes, l'utilité même des particuliers l'ont emporté. Ce droit étant établi en faveur de l'un des voisins aussi bien qu'en faveur de l'autre, on ne peut le taxer d'injustice, il y a égalité de droit de part et d'autre.

197. La faculté d'acquérir la mitoyenneté reçoit exception. Dans le cas où le propriétaire du mur aurait acquis une servitude de vue ou de prospect sur l'héritage voisin, le propriétaire de l'héritage ser-

(*a*) *Sic* Rej., 1er décembre 1813; Sirey, 14, 1, 95. — (1) Desgodets, sur l'article 194 de la *Coutume de Paris*. n° 17, Pothier, n° 250. — (*b*) *Sic* Duranton, tome 5, n° 328; Favard de Langlade *Répert.* v° Servitudes, sect. 2, n° 54; Zachariæ, tomé 2, § 239, n° 17. *Secùs* Limoges, 12 avril 1820; Sirey, 22, 2, 232; Riom, 11 juillet 1838; Sirey, 39, 2, 417, Dalloz, 40, 2, 19.

vant ne pourrait pas priver la maison voisine de ses jours et de son droit de servitude, en offrant d'acquérir la mitoyenneté du mur pour bâtir auprès : il ne pourrait acquérir la mitoyenneté que jusqu'à la hauteur des fenêtres de servitude, (Voy. *infrà*, n° 536, où j'ai modifié cette décision).

198. Au reste, si le Code permet à l'un des voisins de contraindre l'autre à lui vendre la mitoyenneté, il ne permet point à celui-ci de forcer l'autre à l'acquérir. Ainsi, le propriétaire du mur ne peut contraindre le propriétaire de l'héritage contigu à lui rembourser la moitié de la valeur de ce mur (1).

---

ART. II.

*Droit que donne la mitoyenneté.*

SOMMAIRE.

199. Droit de placer des poutres et solives dans le mur, et comment.
200. Droit d'exhausser le mur, à charge d'indemniser.
201. L'exhaussement peut-il être fait au préjudice d'une servitude de vue? Renvoi.
202. On peut exhausser le mur mitoyen sans y bâtir.
203. Pourvu que l'exhaussement ne soit pas fait pour nuire, et ne cause pas un préjudice notable au voisin.
204. *Quid*, si le mur n'est pas en état de supporter l'exhaussement?
205. Le voisin peut acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement et comment:
206. On ne doit rien faire dans le mur mitoyen sans appeler le voisin, et pourquoi.
207. S'il s'oppose, il faut le traduire en justice. *Quid*, s'il se borne à refuser?
208. Celui qui fait les ouvrages doit rendre le voisin indemne;
209. Mais non rétablir les embellissemens gâtés par la suite nécessaire des ouvrages.
210. Ni payer les profits cessans.
211. Pourvu que les ouvrages soient achevés dans un délai convenable.
212. Ce qu'on ne peut faire dans le mur mitoyen.

199. Les deux copropriétaires ont le droit de faire servir le mur à tous les usages auxquels il est destiné par sa nature, en usant néanmoins en bon père de famille, sans causer aucun dommage au mur mitoyen, ni aucun préjudice au voisin.

Ainsi chacun d'eux peut,

1° Faire bâtir contre le mur mitoyen, y faire placer des poutres et solives, non-seulement jusqu'à la moitié, mais dans toute l'épaisseur du mur, à 54 millimètres (2 pouces) près (657).

---

(1) Desgodets, article 194, n° 11. Goupy, son commentateur, pense le contraire, pour les lieux où il y a obligation de se clore; mais il pense en même temps qu'en ce cas, le propriétaire du mur ne pourrait exiger la valeur de la moitié du terrain. M. Pardessus, *Traité des servitudes*, n° 207, est de l'opinion de M. Goupy. Je ne puis m'y rendre. Elle est contraire à l'art. 661, qui permet de n'acquérir la mitoyenneté qu'en partie.

En ceci le Code a dérogé à l'art. 208 de la Coutume de Paris, qui ne permettait d'avancer les poutres qu'à la moitié du mur. La Coutume d'Orléans, art. 232, l'Usement de Nantes, art. 12, et plusieurs autres, permettaient au contraire de percer le mur mitoyen d'outre en outre pour y placer des poutres, en réparant le dommage. Le Code a suivi la disposition de ces coutumes, en permettant de placer les poutres dans toute l'épaisseur du mur, à 2 pouces près qu'il faut laisser, en rebouchant le trou, pour prévenir les accidens (1).

Mais si le voisin voulait lui-même placer des poutres dans le même endroit du mur, ou y adosser une cheminée, il aurait le droit de faire réduire les poutres à l'ébauchoir jusqu'à la moitié du mur (657).

200. 2° Tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen; mais il doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et en outre l'indemnité de la charge, en raison de l'exhaussement et suivant la valeur (658) qui sera fixée par des experts.

L'art. 197 de la Coutume de Paris avait fixé cette indemnité à la sixième partie de la valeur de ce qui est bâti au-dessus du mur commun.

Cette fixation arbitraire et souvent injuste est proscrite par le Code, qui veut que l'indemnité soit payée *suivant la valeur*, c'est-à-dire suivant la valeur de ce dont le mur est déprécié par la charge qu'on lui fait supporter en élevant un bâtiment dessus; car, au moyen de ce fardeau, il ne doit pas durer aussi longtemps, et aura plus tôt besoin d'être réparé : il est donc juste que l'autre voisin soit indemnisé.

201. Nous examinerons, au titre *des servitudes*, si le droit d'exhausser le mur mitoyen peut être exercé au préjudice d'un droit de vue droite ou oblique.

202. Le Code ne borne pas le droit d'exhausser le mur mitoyen au cas où celui qui l'exhausse voudrait bâtir : il peut avoir d'autres motifs dont on ne peut lui demander compte, par exemple, celui d'empêcher des vues gênantes sur son héritage. Le voisin ne peut s'en plaindre, quoique l'élévation cause de l'obscurité ou de l'humidité à sa cour et à sa maison.

203. Le Code ne fixe pas même la hauteur de l'élévation. Cependant le principe général est qu'on ne doit pas user d'un droit quelconque sans utilité pour soi-même, et d'une manière nuisible à autrui. Si donc l'élévation n'avait pour but évident que l'envie de nuire,

(1) V. Desgodets et Goupy, sur l'art. 208 de la *Coutume de Paris*.

et qu'elle causât un préjudice notable au voisin, les juges pourraient en modérer la hauteur. C'est le cas d'appliquer la règle, *malitiis non est indulgendum* (1).

204. Si le mur avait besoin d'être reconstruit ou réparé, le voisin qui veut l'exhausser peut forcer l'autre à contribuer à la réparation ou reconstruction, et celui-ci ne pourrait s'en dispenser que par l'abandon dont nous parlerons ci-après.

Mais si, par sa construction primitive, il n'était pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le reconstruire en entier à ses frais, et l'excédant d'épaisseur doit se prendre de son côté (659). Mais alors il n'est pas dû d'indemnité à raison de la surcharge (2).

205. Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut en acquérir la mitoyenneté, en tout ou en partie, en payant *la moitié de la dépense* qu'il a coûtée, et la valeur de la moitié du sol fourni pour l'excédant d'épaisseur, s'il y en a (660), et ce proportionnellement à la partie qu'il veut rendre mitoyenne (3).

Observez une différence remarquable dans les expressions de cet article et du suivant, qui n'oblige celui qui veut acquérir la mitoyenneté d'un mur appartenant à son voisin, qu'à payer la moitié de la valeur du mur, ou de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et non *la moitié de la dépense qu'il a coûtée* (4); ce qui est fort différent.

La raison de différence vient sans doute de ce que le voisin, qui achète le droit de mitoyenneté d'un mur privatif à l'autre voisin, n'est point en faute de n'avoir pas contribué à la construction de ce mur, à laquelle il n'avait point été appelé.

Au lieu qu'un mur mitoyen ne peut être exhaussé sans le consentement du copropriétaire, ou du moins sans qu'il y ait été appelé. Son refus d'y contribuer pourrait avoir pour motif secret de laisser l'autre voisin faire seul la dépense de l'exhaussement, dans le dessein de se l'approprier ensuite, au moyen d'une estimation d'experts toujours arbitraire, et presque toujours au-dessous de ce qu'il en a coûté.

---

(1) Loi 38, *ff. de Rei vind.* C'est l'opinion des anciens auteurs, confirmée par plusieurs arrêts. *V.* Pothier, n° 212; Desgodets, sur l'art. 195 de la *Coutume de Paris:* Valin, sur la *Coutume de la Rochelle*, tome 2, page 229; *V.* aussi un arrêt de la Cour d'appel de Metz, du 7 juillet 1807; rapporté par Sirey, an 1807, *Décisions diverses*, page 198, et un autre arrêt de la Cour de Bruxelles, du 23 août 1810; Sirey, an 1811, page 250. — (2) *Coutume de Paris*, art. 196. — [Le propriétaire de l'exhaussement peut y pratiquer des jours à fer maillé et à verre dormant. Duranton, tome 5, n° 333; Pardessus, n° 211; De Laurière, *Coutume de Paris*, art. 200; Zachariæ, tome 2, § 239, n° 11. *Secùs* Douai, 17 février 1810: Sirey, 13, 2, 29; Dalloz, 12, 42.] — (3) Pothier, n° 217. — (4) *V.* Pothier, *ibid*

206. S'il est libre à tout copropriétaire d'un mur mitoyen de le faire servir à tous les usages auxquels il est destiné, de le percer pour y placer des poutres et solives, de l'exhausser, etc., il ne peut faire aucun de ces ouvrages sans le consentement de l'autre, ou sans l'avoir appelé. Il ne peut, suivant l'art. 662, pratiquer dans le corps du mur aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler, *par experts*, les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre (662).

La nécessité de requérir le consentement de l'autre voisin est établie pour le mettre à même de faire valoir ses moyens d'opposition, s'il en a de légitimes, et en cas qu'il n'en ait pas, de faire les préparatifs nécessaires, afin de ne pas souffrir de dommage par les suites des travaux projetés. La prudence exige de requérir un consentement écrit : la preuve testimoniale que le voisin aurait consenti ne serait pas reçue; car il s'agit d'un droit foncier dont la valeur est indéfinie.

S'il refuse de donner son consentement, il faut lui faire faire une notification par un huissier, pour le prévenir qu'on entend exécuter tel ouvrage au mur mitoyen, et requérir qu'il y donne son consentement ou ses moyens d'opposition.

207. S'il déclare s'opposer, il devient nécessaire de le faire citer en justice.

S'il se borne à refuser son consentement, il n'est pas toujours nécessaire de le faire citer en justice.

S'il s'agit d'ouvrages auxquels il ne doit pas contribuer, ni pour lesquels on ne soit pas obligé d'entrer chez lui, celui qui veut les faire peut se borner, aux termes de l'art. 662, à requérir le consentement par une simple notification par un huissier; et en cas de refus de consentir, faire régler par experts les moyens nécessaires, pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre voisin; sauf sa responsabilité personnelle (1), et les dommages et intérêts auxquels il pourrait être condamné, si les experts s'étaient trompés, et que l'ouvrage fût nuisible aux droits de l'autre voisin.

Après cette notification, il peut faire commencer l'ouvrage; et si, depuis, l'autre voisin formait opposition, l'ouvrage pourrait être continué pendant la litispendance, aux risques, périls et fortunes de celui qui l'a commencé, faute à l'autre d'avoir formé son opposition quand il a été sommé de la faire.

---

(1) L'art 203 de la *Coutume de Paris* chargeait les maçons de faire la signification au voisin. L'art. 662 du Code en charge, avec plus de raison, le voisin qui veut faire les ouvrages.

Si, au contraire, il s'agit d'ouvrages auxquels l'autre voisin doit contribuer, ou s'il est nécessaire d'entrer chez lui, il est indispensable de le faire citer en justice, pour faire prononcer contradictoirement avec lui ou sur son défaut.

208. Dans tous les cas où les ouvrages ne sont entrepris que pour l'utilité particulière de l'un des copropriétaires, par exemple l'exhaussement du mur mitoyen, sa reconstruction entière, parce qu'il n'est pas suffisant pour porter le nouveau bâtiment qu'il veut faire, il doit non-seulement payer seul toute la dépense de l'ouvrage, mais encore les frais d'expertise et autres nécessaires pour déterminer l'alignement du mur, et pour conserver les droits du voisin ou ne pas lui préjudicier (1).

De plus, comme il n'est pas juste que l'autre voisin souffre du dommage, s'il avait de son côté des bâtimens qu'il fallût étayer, ou prendre d'autres précautions pour leur sûreté, celui qui fait les ouvrages supporterait seul ces frais, qui sont censés faire partie des frais de la reconstruction, parce qu'elle ne pourrait être faite avec prudence sans ces précautions.

Ainsi, il est obligé de rétablir dans leur premier état les treillages, les berceaux, les édifices et autres choses semblables qui seraient adossés à l'ancien mur (2).

209. Mais s'il y avait sur le mur des embellissemens, comme des peintures, sculptures, etc., il n'y aurait lieu ni au rétablissement ni à l'indemnité.

Le droit romain décide même que si de pareils embellissemens ont été endommagés par la faute de l'autre voisin, on n'en doit pas faire une estimation exacte (3). Le judicieux Domat en conclut qu'à plus forte raison il n'y a pas lieu à indemnité, lorsque le dommage n'a été occasionné que par l'exercice d'une faculté légale, dont le voisin a dû prévoir que l'autre pourrait user (*a*).

210. Le voisin qui ne veut pas contribuer aux ouvrages entrepris par l'autre, est obligé de souffrir l'incommodité qui en résulte, et peut même être privé, pendant le temps nécessaire pour les achever, de la jouissance d'une partie de ses édifices. C'est une servitude légale, comme nous le verrons au tit. 4, chap. 2. Il ne peut par

(1) Desgodets, *sur Paris*, art. 196, n° 7; Pothier, n° 215. — (2) Desgodets, n° 5. — (3) *V.* Domat, liv. 1, tit. 12, sect. 4, n° 4, et liv. 1, tit. 8, sect 3, n° 5. — (*a*) Mais alors pourquoi l'obliger de rétablir dans leur premier état les treillages, berceaux et autres choses semblables qui auraient été adossés à l'ancien mur? Si cette décision est juste, pourquoi ne pas obliger le propriétaire qui reconstruit le mur à allouer à l'autre une indemnité calculée sur le pied de la valeur des ornemens ordinaires? Comp. Duranton, tome 5, n° 331.

conséquent prétendre aucune indemnité, ni pour cette privation, ni même pour les profits cessans; par exemple, s'il avait adossé au mur un billard, un jeu de paume, etc., dont l'usage et les profits cesseraient pendant la démolition et reconstruction (1).

Il ne pourrait prétendre aucun dédommagement à raison de ces profits cessans.

211. Pourvu que les ouvrages soient achevés dans un temps convenable, dont il a le droit de demander la fixation par des experts.

Il est prudent de demander cette fixation avant que les ouvrages soient commencés, et après la notification qu'est obligé de faire celui qui veut les entreprendre, pour requérir le consentement du voisin.

Le temps nécessaire pour faire ces ouvrages dépend de leur nature et de leur importance; mais il semble, par argument de l'art. 1724, que ce temps ne peut être fixé à plus de quarante jours, et qu'après ce délai il serait dû indemnité.

S'il en était autrement, le voisin pourrait être obligé d'indemniser ses locataires, sans être lui-même indemnisé; ce qui serait d'une injustice frappante (*a*).

212. Quelque étendus que soient les droits que donne la mitoyenneté, il n'est pas permis de pratiquer dans le mur mitoyen, sans le consentement de l'autre copropriétaire, aucunes fenêtres ou ouvertures, même à verre dormant (675).

On n'y peut faire aucunes corniches ou saillies du côté de l'autre voisin, y passer des tuyaux de poêle ou autres, pas même y placer des gouttières en saillie pour recevoir les eaux de ses combles, quoique ces gouttières jetassent les eaux sur l'héritage de celui qui les a faites. Il faut les établir sur l'épaisseur du mur, et assez profondes pour qu'elles ne laissent pas les eaux refluer par-dessus les bords (2).

On ne peut aussi adosser des fumiers, des bois, des terres et autres choses contre un mur mitoyen, sans prendre les précautions nécessaires pour que ces amas ne puissent nuire ni par leur humidité, ni par leur poussée.

---

(1) Desgodets, *sur Paris* art. 196, n° 5; Pothier, n° 215. Le sentiment contraire de Goupy a été rejeté. — (*a*) Cette opinion est fort douteuse. Le locataire qui est privé, par suite des réparations, d'une partie de la chose louée a droit à une indemnité; c'est-à-dire à une *diminution* de loyer, parce que le bailleur ne remplit pas l'obligation qu'il a contractée envers lui de le faire jouir, *quia non præstat frui licere*. Mais il n'existe point entre les propriétaires d'un mur mitoyen d'obligation de cette nature. Sans doute la loi aurait pu l'établir, mais elle ne l'a pas fait et je ne pense pas qu'on puisse à cet égard suppléer à ses dispositions. *Sic* Duranton, tome 5, n° 331. Comp. Paris, 4 mai 1813; Sirey, 14, 2, 88; Dalloz, 12, 40 — (2) Desgodets et Goupy sur l'art. 196 de la *Coutume de Paris*, n° 12.

Et avec ces précautions même, il faut que ces amas ne soient pas assez élevés pour qu'on puisse voir chez le voisin ou passer chez lui (1).

L'art. 192 de la Coutume de Paris défendait même de labourer, sans précaution, près d'un mur mitoyen, mais cette défense n'a pas été maintenue par le Code civil.

---

### ART. III.

*Charges de la mitoyenneté.*

SOMMAIRE.

213. Conserver le mur, contribuer aux réparations et reconstructions.
214. Comment on peut y contraindre le voisin.
215. Les incommodités des réparations sont supportées en commun, mais non les déplacemens de meubles, etc.

213. Les charges de la mitoyenneté sont d'abord que chacun des copropriétaires doit apporter à la conservation du mur mitoyen le soin ordinaire d'un bon père de famille; par exemple, si le mur est exposé à être froissé par le passage fréquent des voitures du côté de l'un des copropriétaires, il doit y mettre des bornes ou autre chose qui puisse préserver le mur de ces froissemens, sous peine de répondre des dégradations.

Mais la charge la plus importante de la mitoyenneté consiste dans les réparations et dans les reconstructions, auxquelles les copropriétaires sont tenus de contribuer proportionnellement au droit de chacun (655).

214. Chacun d'eux a une action pour faire constater contradictoirement avec l'autre, la nécessité des réparations ou reconstructions. Il ne doit pas s'ingérer de faire ces ouvrages sans le consentement de l'autre, ou sans l'avoir fait condamner, contradictoirement ou par défaut, d'y contribuer, et s'être fait autoriser, sur son refus, à faire marché avec des ouvriers pour la réparation ou reconstruction, des frais proportionnels de laquelle il aura reprise, sans qu'il soit besoin d'autre jugement.

Celui qui se permettrait de réparer ou reconstruire le mur mitoyen sans en avoir fait constater la nécessité, et fait condamner l'autre voisin d'y contribuer, serait exposé à supporter seul les frais de réparation ou reconstruction, laquelle serait alors censée faite sans nécessité.

215. Les incommodités qui résultent de l'ouvrage, telles que le

---

(1) Desgodets et Goupy, sur l'art. 206, n° 1.

passage des ouvriers, le placement des matériaux, etc., doivent être supportées en commun.

Mais les déplacemens ou délogemens de meubles sont à la charge de celui à qui ils appartiennent, et chacun, en ce qui le concerne, doit faire faire, à ses dépens particuliers, les étaiemens et autres ouvrages nécessaires pour soutenir ses édifices; et si la réparation ou reconstruction entraînait quelque dommage pour l'un des copropriétaires, par exemple la dégradation ou destruction des ornemens qu'il aurait fait mettre sur le mur ou qu'il y aurait adossés, il ne pourrait exiger que l'autre voisin contribuât à ce dommage.

---

### ART. IV.

*Comment elle finit par l'abandon.*

SOMMAIRE.

216. On peut abdiquer la mitoyenneté pour se dispenser des réparations.
217. A moins que le mur ne soutienne le bâtiment de celui qui veut abandonner.
218. Il n'y a pas d'exception pour les villes où la clôture est forcée.
219. L'abandon ne libère pas celui qui le fait des suites de ses fautes.
220. *Quid*, si celui à qui l'abandon est fait démolit le mur au lieu de le réparer?
221. L'abandon n'empêche pas de racheter dans la suite la mitoyenneté.

216. L'art. 656 pose en règle générale, que *tout* copropriétaire peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions, en abandonnant le droit de mitoyenneté.

C'est une conséquence du principe général que celui qui n'est obligé qu'à cause de la chose qu'il possède, peut se dégager de l'obligation, en abandonnant la chose.

Principe que le Code civil a porté si loin que, « dans le cas même « où le propriétaire du fonds assujetti est chargé *par le titre* de faire « à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge, en « abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds auquel la « servitude est due » (art. 699).

217. L'art. 656 n'a fait qu'une seule exception à la faculté d'abandonner la mitoyenneté pour se dispenser des réparations, c'est le cas où le mur mitoyen soutient un bâtiment appartenant à celui qui voudrait abandonner: l'abandon serait alors frauduleux.

218. Mais le Code n'a point fait d'exception pour les villes où la clôture est forcée; elle n'est forcée que dans ce sens, qu'il faut ou se clore, ou abandonner la moitié du terrain et la mitoyenneté.

La commission, chargée par le Gouvernement de la rédaction du

projet du Code, avait proposé cette exception (1); mais elle a été rejetée; et si l'on n'a point énoncé dans le Code, comme le proposa M. Berlier, que même dans les villes, le copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer à la clôture, en abandonnant la mitoyenneté et la moitié du sol, ce fut parce que M. Tronchet observa que cette modification était suffisamment exprimée dans l'art. 656 (2), dont la disposition est générale.

219. Mais l'abandon de la mitoyenneté ne déchargerait pas celui qui l'abandonne des réparations qu'il aurait occasionnées par son fait, ou par celui des gens dont il doit répondre. Il le décharge seulement de celles auxquelles donne lieu la vétusté du mur, et généralement de toutes celles qui ne proviennent pas *de son fait* (3).

220. Si, après l'abandon, au lieu de réparer ou de reconstruire le mur, l'autre voisin le laissait tomber ou le faisait démolir pour en avoir les matériaux, celui qui a fait l'abandon de la mitoyenneté reprendrait la moitié des matériaux, et la moitié du terrain sur lequel le mur était assis; car n'ayant abandonné son droit que pour être déchargé des réparations ou de la reconstruction, si celui qui a reçu l'abandon ne veut pas supporter cette charge, il n'a plus de cause pour s'approprier le droit de l'autre voisin (4).

221. Au reste, l'abandon n'empêche point celui qui l'a fait de racheter dans la suite la mitoyenneté, en payant la moitié de la valeur du mur et du sol sur lequel il est assis (*V. sup.*, n° 193).

---

(1) L'art. 15 du titre des servitudes portait : « Dans les villes et communes « dont la population excède trente mille âmes, les copropriétaires des murs « mitoyens *ne peuvent* pas se dispenser de contribuer à leurs réparations, en « abandonnant le droit de mitoyenneté. » — (2) *V.* le *Procès-Verbal*, tome 3, page 150, séance du 4 brumaire an XII, à l'ouverture de la discussion sur les dispositions relatives à la clôture forcée dans les villes et faubourgs. « M. Berlier « dit que l'article deviendrait d'une exécution plus facile, si l'on y exprimait « que le propriétaire interpellé de contribuer à la clôture, peut s'en dispenser « *en renonçant à la mitoyenneté, et en cédant la moitié de la place sur laquelle le « mur doit être construit.* » Cette option était déférée en beaucoup de pays. M. Tronchet dit que *cette modification est exprimée dans l'art.* 656 (aujourd'hui 656). — [*V.* n° 167 et la note.] — (3) Pothier, n°s 221 et 229. L'auteur observe que s'il s'agit de la communauté d'un cloaque ou d'un privé, le copropriétaire qui abandonne son droit n'est point déchargé des frais de la vidange à faire au moment de l'abandon; car il y a donné lieu par son fait en contribuant à emplir le privé. C'est aussi l'avis de Desgodets, sur l'art. 211 de la *Coutume de Paris*, n° 6. Cette décision est une conséquence du principe. — (4) Pothier, n° 221. — [*Sic* Duranton, tome 5, n° 320; Delvincourt, tome 1, n° 5 de la page 168; Zachariæ, tome 2, § 239, n° 6.]

## § II.

### De la mitoyenneté entre les propriétaires des différens étages d'une maison.

SOMMAIRE.

222. Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires.
223. Comment leur contribution respective est fixée.
224. Réparations privatives aux propriétaires de chaque étage.
225. Réparations des allées, portes et puits, etc.

222. Les murs peuvent être mitoyens entre les propriétaires de deux héritages contigus; mais ils peuvent l'être aussi entre les propriétaires des différens étages d'une maison. Ce ne sont pas les murs seulement qui sont alors mitoyens, mais le toit, les escaliers, les poutres, etc.; et il est nécessaire de régler la manière de contribuer aux différentes réparations communes, si elle n'a pas été réglée par les titres ou par la convention.

L'art. 664 du Code la règle alors comme suit : « Les gros murs « et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en pro- « portion de la valeur de l'étage qui lui appartient. »

223. Il devient donc nécessaire de faire une ventilation, c'est-à-dire une estimation particulière de chaque étage, pour fixer ensuite la contribution de chacun par une règle de proportion.

Mais il faut remarquer que, dans cette estimation, on ne doit avoir aucun égard aux ornemens et embellissemens que le propriétaire de chaque étage a pu faire à ses frais particuliers, tels que les lambris, parquets, plafonds, peintures, etc. Chaque appartement doit être estimé comme s'il était nu, et en raison de sa grandeur seulement et de sa commodité, et non par conséquent en raison de la valeur locative, qui est toujours augmentée par les ornemens et embellissemens.

224. « Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel « il marche; et par conséquent les poutres, les soliveaux qui sou- « tiennent le plancher; le propriétaire du premier étage fait l'escalier « qui y conduit (s'il est seul propriétaire de cet étage); le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite. »

Mais le toit de l'escalier doit être à frais communs; et si chaque étage n'appartenait pas au même propriétaire, tous les propriétaires de l'étage contribueraient à la réparation de l'escalier.

Ces règles ne paraissent pas conformes à l'exacte justice, puisque l'escalier du premier étage sert également au propriétaire du second; mais on a voulu éviter les calculs souvent arbitraires d'une contribution relative.

225. Le Code n'a point fixé la manière de contribuer aux répara-

tions des allées, portes, puits, aqueducs, fosses d'aisances et autres choses communes à l'égard desquelles il faut suivre les usages locaux, qui ne sont point abrogés en ce qui concerne les choses dont le Code n'a point parlé.

Mais il faut suivre ses dispositions quant aux objets dont il s'est occupé, quoiqu'elles soient contraires, en plusieurs points, aux règlemens et usemens locaux (*a*).

## § III.

### De la mitoyenneté des haies et fossés.

SOMMAIRE.

226. Marques de non-mitoyenneté des fossés.
227. On ne peut forcer le voisin à creuser un fossé; précautions pour le creuser.
228. Quand cesse la présomption de mitoyenneté des haies.
229. Elle cède à la possession annale au contraire; conséquence qui en résulte; différence entre les art. 653 et 670.
230. *Quid*, s'il y a un fossé creusé au-delà de la haie?
231. A quelle distance du voisin on peut planter des haies. Renvoi.

Ces clôtures sont aussi présumées mitoyennes, s'il n'y a titre ou marque du contraire (666-670).

226. Il y a marque de non-mitoyenneté à l'égard des fosses, lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé (667).

Alors le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve (668) (*b*).

On présume qu'il a fait seul le fossé entier sur son terrain, puisqu'il a jeté de son côté toutes les terres qui en ont été tirées (*c*).

S'il y a jet des deux côtés, ou s'il n'y a point de jet, et que le terrain soit uni de chaque côté, alors le fossé est réputé mitoyen, et la ligne du milieu fait la séparation des deux héritages.

227. Un des voisins ne peut contraindre l'autre à faire un fossé pour séparer leurs héritages. S'il veut en faire un, il doit donc en prendre toute la largeur sur son terrain; il doit même laisser un es-

---

(*a*) Le propriétaire de l'étage supérieur peut construire un étage au-dessus sans le consentement des propriétaires inférieurs pourvu qu'il n'en résulte pour eux aucune surcharge dommageable. Paris, 17 mars 1838; Sirey, 38, 2, 479; Journ. du Palais, tome 1, 1838; page 610: Rouen, 22 mai 1840; Devilleneuve, 40, 2, 517. — (*b*) Comp. Angers, 20 mai 1842; Journ. du Palais, tome 2, 1842, page 666. — (*c*) La présomption de mitoyenneté ne serait pas détruite par le fait que l'un des deux propriétaires aurait à différentes époques curé le fossé et employé sur son terrain les terres provenant du curage. Angers, 6 mars 1835, Sirey, 35, 2, 244; Dalloz, 35, 2, 96. *V.* aussi Duranton, tome 5, n° 358.

pace suffisant entre le bord du fossé et l'héritage de son voisin, pour empêcher les terres de s'ébouler (1).

228. Les haies qui séparent deux héritages sont aussi réputées mitoyennes, et le milieu de la haie fait la séparation des héritages; mais cette présomption cesse, s'il n'y a qu'un seul des héritages en état de clôture, ou s'il y a titre ou *possession suffisante* au contraire, dit l'art. 670.

229. Ainsi, la présomption de mitoyenneté cesse en ce cas, *s'il y a possession suffisante*, c'est-à-dire possession annale, qui autorise l'action de complainte (2). Il en résulte qu'après avoir succombé au possessoire, le voisin ne pourrait pas former l'action pétitoire, sans prouver la mitoyenneté autrement que par la présomption qui a cédé à la possession contraire.

Au contraire, la présomption de mitoyenneté d'un mur ne cède point à la possession contraire, à moins que cette possession n'ait duré assez longtemps pour opérer la prescription, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 188. Cette différence est fondée sur les différentes rédactions des art. 653 et 670. Le premier ne fait céder la présomption de mitoyenneté *des murs* qu'aux *titres ou marques* du contraire; le second fait céder la présomption de mitoyenneté *des haies à la possession suffisante* au contraire (*a*).

La possession de tailler ou couper la haie des deux côtés, continuée pendant trente ans, opérerait la prescription, même contre les titres du voisin (3).

---

(1) *V.* Desgodets, sur l'art. 213 de la *Coutume de Paris*. — [Le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs (art. 669, C. civ.). Chacun des propriétaires peut s'affranchir de cette obligation en faisant abandon de son droit de mitoyenneté. Pothier, *Traité du contrat de société*, n° 226; Zachariæ, tome 2, § 239. Mais il ne peut en demander le partage sans le consentement de l'autre copropriétaire. Angers, 1er juin 1836, Sirey, 36, 2, 386; Dalloz, 37, 2. 29; Pardessus, Servitudes, n° 185. *Secùs* Duranton, tome 5, n° 361.] — (2) *V.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 8 vendémiaire an XIV, Sirey, an XIV, page 75. — (*a*) Cette raison ne me paraît pas admissible. L'art. 670 en faisant céder la présomption de mitoyenneté *au titre ou à la possession suffisante* a entendu évidemment parler d'une possession équivalant à titre, c'est-à-dire d'une possession de trente ans. Il est impossible d'ailleurs d'expliquer logiquement la prétendue différence entre ces deux mitoyennetés, relativement aux effets de la possession. *Sic* Pardessus, nouvelle édition, n° 325. Zachariæ, tome 2, § 239, n° 26. Angers, 7 juillet 1830; Sirey, 31, 2, 104; Dalloz, 31, 2, 97; Bourges, 31 mars 1832. Sirey, 32, 2, 496; Dalloz, 32, 2, 160. Cass., 13 décembre 1836; Sirey, 37, 1, 215; Dall. 37, 1, 12. Journ. du Palais, tome 1, 1837, page 204, Bourges, 31 mars 1837, Sirey, 37, 2, 265; Dall., 38, 2, 162; Journ. du Palais, tome 1, 1837, page 465. Rej., 17 janvier 1838; Sirey, 38, 1, 123; Dall., 38, 1, 112; Journ. du Palais, tome 1, 1838, page 244. Cette décision s'applique également à la mitoyenneté des fossés. Douai, 15 février 1836; Sirey, 37, 2, 116. Poitiers, 23 juin 1836. Sirey, 37, 2, 116; Dall., 37, 2, 103. — (3) Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 8, page 30

230. La haie cesse encore d'être réputée mitoyenne, s'il y a un fossé au-delà; elle est présumée appartenir à celui du côté duquel elle est plantée (*a*).

231. En parlant des servitudes légales, nous verrons à quelle distance du terrain voisin on peut planter des haies.

## § IV.

### Des arbres qui sont sur les confins, ou qui bordent les propriétés.

SOMMAIRE.

232. Droit de faire abattre les arbres qui sont dans la haie mitoyenne
233. Possession d'émonder les arbres dont la propriété est douteuse.
234. L'arbre appartient à celui sur le terrain duquel le tronc sort entièrement
235. Des arbres plantés pour servir de bornes.
236. *Tantùm præscriptum, quantùm possessum.*
237. Des arbres plantés sur les chemins; distinction.
238. Des arbres plantés sur les places, etc.
239. Faculté de planter sur les chemins vicinaux.
240. Arbres plantés sur les routes royales.
241. A quelle distance du terrain voisin on peut planter des arbres. Renvoi.

232. Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie (art. 673).

Mais le Code donne à chacun des copropriétaires le droit de requérir qu'ils soient abattus; disposition qui tend à prévenir des procès ruineux pour les objets les plus modiques. Il arrive que ces arbres ne se trouvent pas exactement au milieu de la haie, qu'ils ont plus grossi d'un côté que de l'autre; et les hommes sont assez peu sages pour élever sur cela des prétentions opiniâtres.

233. La possession d'émonder l'arbre, d'en recueillir les fruits, doit toujours faire la règle. S'il n'y a point de possession, il faudrait une différence notable pour ne pas donner l'arbre par moitié aux deux voisins (1).

234. L'arbre appartient au propriétaire du terrain sur lequel le tronc sort entièrement, quoique les racines et les branches s'étendent

---

(*a*) *Sic* Pothier, *Traité du contrat de société*, nº 225. Pardessus, Servitudes, tome 1, nº 188. Comp. toutefois Duranton, tome 5, nº 375. — (1) *V.* Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 8, page 31; Coquille, quest. 294; Desgodets, *sur Paris*, art. 210, nºs 28 et suiv.; le *Nouveau Denisart*, vº Arbres; Bourjon, tome 2, page 10, édition de 1747. — [Quelque notable que soit la différence l'arbre doit appartenir à chacun des propriétaires pour moitié. L'art. 673 est conçu en termes absolus (Pothier, *Traité du contrat de société*, nº 216). J'ajoute que lorsque la mitoyenneté de la haie n'est pas douteuse, il est fort difficile de reconnaître à l'un des propriétaires le droit exclusif aux arbres qui s'y trouvent, encore bien qu'il soit en possession de les émonder et d'en recueillir les fruits.]

sur le terrain voisin, sauf à celui-ci à couper les racines et à faire couper les branches qui s'étendent sur son héritage, sans pouvoir prétendre les fruits de ces branches, lorsqu'il a négligé de contraindre l'autre à les couper (1).

235. Les arbres plantés sans haies, pour servir de bornes, sont aussi réputés communs, s'il n'y a titre contraire ou possession, en faveur de l'un des voisins, d'émonder ces arbres ou d'en recueillir les fruits. La possession constante pendant trente ans en donnerait même la propriété au possesseur, quand même on prouverait, par un ancien titre, que l'arbre a été planté à frais communs pour servir de bornes.

Mais celui qui aurait prescrit la propriété de ces arbres plantés en alignement entre deux terrains, n'aurait pas prescrit les espaces intermédiaires, à moins qu'il n'en eût la même possession: il n'en pourrait prétendre que la moitié (2).

236. La possession d'émonder l'un ou plusieurs de ces arbres ne lui donnerait pas la propriété des autres, suivant la maxime: *tantùm præscriptum, quantùm possessum.*

237. Quant aux arbres plantés sur les chemins qui bordent les héritages, il faut distinguer.

Les arbres plantés dans les avenues et chemins privés appartiennent, sans difficultés, aux propriétaires de ces avenues ou chemins.

Il en est de même des plantations faites le long des chemins publics, sur des terrains acquis par des propriétaires riches, afin d'agrandir ces chemins et de les embellir en y plantant.

Ces propriétaires conservent la propriété des arbres plantés sur leurs terrains, quoique réunis aux chemins; ils ont toujours la faculté d'abattre ces arbres ou de les renouveler (3).

Les arbres plantés sur des chemins publics, autres que les routes nationales, et sur les rues des villes, bourgs et villages, sont censés appartenir aux propriétaires riverains, à moins que les communes

---

(1) *V.* M. Pardessus, *Traité des servitudes*, page 265, nº 262. Il y avait un usage contraire dans quelques coutumes. *V.* Basnage, *sur Normandie*, art. 608; mais le Code n'a point admis cet usage. — (2) *V.* Duparc-Poullain, tome 8, page 32. — [Il m'est impossible de comprendre comment on peut prescrire la propriété des arbres sans prescrire en même temps la propriété du sol sur lequel ils sont plantés : je pense donc que les actes de possession dont il s'agit ne sont susceptibles de fonder une prescription au profit de celui dont ils émanent qu'autant qu'on les envisage comme un mode de possession du terrain lui-même. *V.* Cass., 11 juin 1839, Journ. du Palais, tome I^er^, 1839, page 668. Douai, 18 mars 1842, Journ. du Palais. tome 2, 1842, page 378 et la note.] — (3) Art. 8 de la loi du 15 août 1790, décrétée le 26 juillet précédent. — [*V.* l'art. 14 de la loi du 28 août 1792, et le décret d'ordre du jour du 9 février 1793.]

ne justifient en avoir acquis la propriété par titre ou possession (1). Dans ce cas, et comme il s'agit d'une question de propriété, c'est aux tribunaux et non à l'autorité administrative, que la connaissance en est dévolue (2).

238. Les arbres existant sur les places des villes, bourgs et villages, ou dans des marais, prés et autres biens dont les communautés ont la propriété, sont censés appartenir aux communautés, sans préjudice des droits que des particuliers pourraient y avoir acquis par titre ou par possession (3).

239. Les propriétaires riverains ont la faculté de planter sur le bord des chemins vicinaux, en leur conservant la largeur qui leur a été fixée (4).

240. Enfin, quant aux arbres plantés sur les grandes routes, la loi du 28 août 1792, art. 18, portait que jusqu'à ce qu'il ait été prononcé relativement à ces arbres, nul ne peut se les approprier et les abattre. Leurs fruits seulement et les bois morts appartiennent aux propriétaires riverains, ainsi que les émondages, quand il est utile d'en faire, ce qui ne pourrait avoir lieu que de l'agrément des corps administratifs, et à la charge par les riverains d'entretenir lesdits arbres et de remplacer les morts.

La loi du 9 ventôse an XIII a prononcé définitivement sur ces arbres, et en a donné la propriété et le produit aux propriétaires riverains, sans pouvoir cependant les couper, abattre ou arracher, que sur une autorisation donnée par l'administration préposée à la conservation des routes, et à la charge du remplacement (*a*).

Cette loi oblige tous les propriétaires riverains de planter des arbres forestiers ou fruitiers, suivant les localités, sur toutes les grandes routes du royaume non plantées et susceptibles de l'être.

241. Nous dirons, dans le tit. 4, chap. 1 et 2, sect. 2, § 2, à quelle distance de l'héritage contigu il est permis de planter des arbres.

---

(1) Art. 14 de la loi du 28 août 1792. — (2) Décret du 21 décembre 1808, qui casse des arrêtés pris par un conseil de préfecture. Sirey, 1817, 2e part., p. 106. — (3) Art. 15 *ibid.* — (4) Art. 7 de la loi du 9 ventôse an XIII. — [Comp. art. 21 de la loi du 21 mai 1836 et les notes dans ma collection, tome 36, page 130 et suiv.] — (*a*) *V.* décret du 16 décembre 1811 et la loi du 12 mai 1825 et les notes de ma collection

## CHAPITRE IV.

### *Des modifications de la propriété.*

SOMMAIRE.

242. Différence entre les limites et les modifications de la propriété.
243. Elle peut être modifiée dans ses trois points fondamentaux : disposition, jouissance, exclusion
244. La loi modifie de deux manières la faculté de disposer : en défendant d'aliéner, en forçant d'aliéner.
245. Le droit de jouir et celui d'exclure peuvent être modifiés de plusieurs manières.
246. Ces modifications viennent de la loi ou du fait de l'homme.
247. Toutes les servitudes sont des modifications de la propriété ; mais toutes les modifications ne sont pas des servitudes.
248. Ce chapitre traite des modifications de la propriété qui ne sont pas des servitudes ; sa division.

242. Il y a une différence totale entre les limites et les modifications de la propriété.

Limiter la propriété, c'est déterminer le point précis où elle finit, et au-delà duquel elle ne s'étend pas.

La modifier, c'est en restreindre l'exercice à l'égard des choses mêmes auxquelles elle s'étend.

Les limites de la propriété s'appliquent aux choses physiques qui en sont l'objet.

Les modifications touchent le droit de propriété en lui-même ; ce sont les limitations ou les restrictions mises à l'exercice de ce droit.

243. Cet exercice consiste dans un nombre d'actes presque infini ; ces actes, comme nous l'avons vu, chap. 1, sect. 3, se rapportent à ces trois points fondamentaux : disposition, jouissance, exclusion ;

C'est-à-dire dans le droit de disposer, dans le droit de jouir de la chose, et dans le droit d'en interdire l'usage aux autres, ou de les en exclure.

La propriété peut être modifiée dans ces trois points fondamentaux.

244. Le droit de disposer est un des attributs de la propriété. Le propriétaire peut disposer de la manière la plus absolue : c'est le principe général. Ainsi, quand la propriété est entière et parfaite, la faculté de disposer est pleinement libre. La disposition ne peut être ni interdite ni contrainte.

Mais la loi peut mettre des bornes à cette liberté ; elle peut en mettre dans les deux sens ; elle peut défendre de disposer ou d'aliéner ; elle peut obliger d'aliéner ; elle peut contraindre à faire ou défendre de faire certains actes.

Le propriétaire alors ne peut pas faire ce qu'il veut de la chose

qui lui appartient; il est contraint ou gêné dans la manière d'en disposer.

245. Le droit de jouir peut aussi être modifié de plusieurs manières : la jouissance peut être séparée de la propriété, en tout ou en partie, comme dans les cas de l'usufruit, du droit d'usage ou d'habitation.

Enfin, le droit d'exclure peut être aussi modifié de beaucoup de manières. Le propriétaire peut être forcé de souffrir faire sur son héritage, par une autre personne, certains actes de propriété, ou être lui-même empêché de les faire.

Dans tous ces cas, le droit de propriété est modifié; il n'est plus entier, il est imparfait.

246. Ces modifications peuvent venir de la loi ou du fait de l'homme.

Les modifications établies par la loi ont pour objet l'utilité publique, ou celle des particuliers (619).

Les modifications qui viennent du fait de l'homme sont établies par des actes entre vifs, par des actes de dernière volonté, ou par la prescription.

Elles ont toujours l'intérêt privé pour objet.

247. Entre les modifications de la propriété, établies par la loi ou par le fait de l'homme, les unes, et c'est le plus grand nombre, sont ce qu'on appelle des *servitudes*. Nous les renvoyons aux deux titres suivans, où nous expliquerons la nature des servitudes et leurs différentes espèces, etc.

Les autres diffèrent essentiellement des servitudes; car, si toutes les servitudes sont des modifications de la propriété, toutes les modifications de la propriété ne sont pas des servitudes.

248. C'est de ces dernières modifications que nous parlerons dans ce chapitre, qui sera divisé en deux sections; la première, des modifications de la propriété relatives au droit de disposer; la seconde, des modifications de la propriété relatives au droit de jouir. Les autres modifications de la propriété sont renvoyées aux titres des servitudes personnelles et réelles.

## SECTION PREMIÈRE.

*Des modifications de la propriété relatives au droit de disposer.*

SOMMAIRE.

248. Objet de ces modifications.
250. Les expropriations forcées ne sont pas des modifications de la propriété.
251. Il en est autrement des aliénations forcées.

249. Ces modifications ont pour objet l'obligation ou la défense

d'aliéner, la défense de faire certains actes, ou l'obligation de les faire.

250. Nous ne parlons point ici des expropriations forcées faites en justice pour contraindre le débiteur à payer ses créanciers, parce que ces expropriations ont pour principe le fait du propriétaire, qui, en s'obligeant personnellement, a obligé tous ses biens présens et à venir (2092).

Les expropriations ne sont donc point des modifications de la propriété; ce sont les moyens de contraindre les débiteurs à satisfaire leurs créanciers.

251. Mais les aliénations auxquelles un propriétaire est obligé de consentir pour cause d'utilité publique, ou pour l'utilité d'un particulier envers lequel il n'a contracté aucune obligation personnelle, sont des modifications du droit de propriété; c'est une obligation imposée par la loi seule, indépendamment de toute convention (651). Nous parlerons d'abord des aliénations forcées pour cause d'utilité publique.

## § I.

### Des aliénations forcées pour cause d'utilité publique. Loi du 8 mars 1810.

SOMMAIRE.

252. Sur quel principe elles sont fondées.
253. Nul n'est tenu de céder sa propriété sans une préalable indemnité.
254. S'il est nécessaire d'une loi pour contraindre les particuliers à céder leurs propriétés.
255. Formes établies par la loi du 8 mars 1810.
256. Une ordonnance du Roi détermine la cause d'utilité publique qui nécessite des aliénations forcées.
257. Le préfet désigne les propriétés auxquelles l'expropriation est applicable
258. Les particuliers peuvent réclamer contre cette désignation.
259. On ne doit pas les exproprier sans les avoir mis en état de réclamer.
260. Le plan qui désigne les propriétés doit être déposé chez le maire, et ils doivent en être avertis par des affiches, etc.
261. Commission à laquelle les réclamans s'adressent.
262. Le préfet arrête définitivement les points sur lesquels les travaux sont dirigés; mais il ne peut statuer sur les difficultés relatives aux fonds à céder.
263. Si les particuliers consentent à ces propositions, il passe avec eux un contrat de gré à gré.
264. S'ils ne consentent pas, les tribunaux seuls peuvent les contraindre.
265. Le préfet transmet les pièces au procureur du Roi.
266. Le tribunal autorise le préfet à se mettre en possession, si les règles n'ont pas été enfreintes.
267. Si elles l'ont été, le tribunal doit surseoir.
268. Débat qui s'établit devant le tribunal entre le préfet et les particuliers.
269. Si le tribunal juge que les règles ont été enfreintes, il en informe le grand-juge.
270. Si le préfet et les particuliers ne sont pas d'accord sur l'indemnité, c'est encore aux tribunaux à prononcer.

271. Comment ils doivent fixer l'indemnité.
272. Le propriétaire doit appeler les tiers intéressés à titre d'usufruitier ou de fermier.
273. Si les offres du préfet sont suffisantes, les particuliers sont condamnés aux frais.
274. S'il y avait urgence, les tribunaux pourraient ordonner la mise en possession provisoire; mais non, si les règles avaient été enfreintes.
275. Les jugemens sur l'indemnité sont sujets à l'appel.
276. Du paiement des indemnités.
277. Action des propriétaires à ce sujet.
278. S'il y a des hypothèques ou des oppositions, le prix de l'indemnité est consigné.
279. La procédure est sommaire et les enregistremens *gratis*, même pour transférer l'hypothèque sur d'autres fonds.
280. Des mesures commandées par des événemens extraordinaires.

252. En entrant dans la société civile, chaque citoyen contracte l'obligation de contribuer pour sa quote part aux besoins de l'État. Le même principe qui autorise le souverain à exiger des particuliers une partie de leurs revenus pour les dépenses qu'exigent le bien public et la défense de l'État, l'autorise aussi à exiger l'abandon des propriétés devenues nécessaires au bien public.

Mais il y a cette différence entre les contributions et le délaissement des propriétés, que le particulier qui acquitte les premières ne paie que sa part contributive, au lieu que, quand il est forcé de céder sa propriété, il paie plus qu'il ne doit. Il a donc droit à une indemnité; il faut que l'État le dédommage de ce qu'il paie de trop; et c'est ce qui arrive lorsque, recevant du trésor public le prix entier de sa chose, il y verse lui-même la quote part pour laquelle il doit contribuer à toutes les dettes de l'État.

253. Ces principes reçus dans toute l'Europe, comme un point de droit public, n'étaient établis en France par aucune loi fixe et précise. Ils furent enfin solennellement proclamés par l'Assemblée nationale, dans la Constitution du 14 septembre 1791.

« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en « être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement « constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et « préalable indemnité (1). »

Le Code civil a consacré les mêmes principes dans l'art. 545 : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour « cause d'utilité publique, et moyennant une juste et *préalable* in- « demnité. »

Enfin, la Charte constitutionnelle, ce palladium de notre liberté,

(1) *Déclaration des droits*, art. 17, et dans les dispositions fondamentales garanties par la Constitution de 1791.

porte, art. 10 : « l'État peut exiger le sacrifice d'une propriété, pour « cause d'intérêt public légalement constaté, mais avec une indem- « nité *préalable*. »

254. Mais ni l'Assemblée nationale ni le Code n'avaient déterminé si, comme en Angleterre (1), le concours de l'autorité législative est nécessaire pour mettre à exécution le droit extraordinaire de dépouiller un propriétaire pour cause d'utilité publique ou de nécessité; comment cette nécessité doit être constatée; quelles sont les formes nécessaires pour empêcher qu'on n'abuse de la cause même qui peut rendre l'expropriation légitime, et pour mettre les propriétés particulières à l'abri des caprices, que l'on pourrait décorer du nom respectable et imposant d'utilité publique (2).

Dans un avis du Conseil d'état, approuvé le 18 août 1807, le Conseil d'état a posé en principe que le concours de l'autorité législative n'est pas nécessaire, parce qu'il ne s'agit que d'executer une loi, et qu'on a toujours regardé comme une garantie politique, que la même autorité qui fait la loi ne soit pas chargée de l'exécuter;

Parce que la loi, qui n'est pas autre chose qu'une règle commune à tous les citoyens, ne peut, dans les affaires de cette nature, intervenir avec sûreté et dignité;

Parce qu'aucune des Constitutions qui ont régi la France n'a exigé l'intervention de la loi, et que, dans l'usage, on n'a jamais soumis au Corps législatif les expropriations ayant pour cause la voirie et les alignemens, et qu'on trouve à peine quelques exemples pour des expropriations déterminées par d'autres causes d'utilité publique;

Parce qu'enfin la propriété est pleinement garantie par le principe général que la loi a établi, et par la régularité des formes, soit pour constater que l'utilité publique est réelle, soit pour fixer la valeur de l'objet consacré à cette utilité.

255. Ces formes ont été déterminées par la loi du 7 mars 1810, dont les dispositions se rapportent aux points suivans (*a*):

---

(1) *V.* Blackstone, tome 1, page 139, édition in-8o de 1783. C'est d'après ce principe, qu'un roi ayant, de son autorité, agrandi son parc aux dépens d'une commune, fut obligé, par le Parlement, à remettre les choses dans l'ancien état. *V.* Prost de Royer, *Dictionnaire des arrêts*, vo Alignement, page 127. — (2) *V.* l'*Exposé des motifs* de la loi du 8 mars 1810, par l'orateur du Conseil d'état, *Procès-Verbal*, séance du 1er mars 1810, page 6. — (*a*) Les formes de l'expropriation pour cause d'utilité publique sont déterminées aujourd'hui par la loi du 3 mai 1841. *V* cette loi dans ma collection, tome 41, page 120 et suiv. *V.* aussi la loi du 30 mars 1831, relative à l'expropriation et à l'occupation temporaire en cas d'urgence des propriétés nécessaires aux travaux des fortifications, tome 31, page 233, et les art. 16 et suiv. de la loi du 21 mai 1836 sur les chemins vicinaux, tome 36, page 125. Tout ce paragraphe est donc désormais

1° Détermination de la cause d'utilité publique qui nécessite l'expropriation.

Cette détermination n'appartient qu'au roi, dans son conseil.

2° Désignation des propriétés soumises à l'expropriation.

Cette désignation ne peut appartenir qu'à l'administration.

3° L'expropriation: elle ne s'opère que par l'autorité de la justice (art. 1).

4° L'indemnité: la valeur n'en peut être fixée que d'accord avec le propriétaire, ou par un jugement rendu, en connaissance de cause, par les tribunaux.

5° Enfin, le paiement de l'indemnité.

256. La cause d'utilité publique qui nécessite des expropriations forcées ne peut être déterminée que par une ordonnance du roi, qui peut seul ordonner des travaux publics, ou des achats de terrains ou édifices destinés à des objets d'utilité publique (art. 3, n° 1).

257. La désignation, lorsqu'elle ne résulte pas de l'ordonnance même, doit être faite par le préfet, qui désigne d'abord les localités ou territoires sur lesquels les travaux doivent avoir lieu, et qui détermine, dans un arrêté ultérieur, les propriétés particulières auxquelles l'expropriation est applicable (art. 3, n° 2).

Ainsi, lorsqu'une ordonnance a ordonné les travaux publics, et prescrit, par exemple, l'ouverture d'une grande route ou d'un canal, sans désignation précise des lieux où passeront les travaux, le soin de désigner les départemens, les arrondissemens, les communes sur lesquels seront dirigés les travaux, ne peut regarder que l'administration.

C'est encore à elle seule qu'appartient le droit de déterminer les propriétés particulières auxquelles doit s'appliquer la cession pour cause d'utilité publique.

258. Mais ici commence, pour les propriétaires, l'exercice des droits propres à les garantir, soit du despotisme des gens de l'art, soit des décisions irréfléchies ou injustes de l'autorité même.

Ils n'ont pas le droit de critiquer l'ordonnance qui ordonne l'ouverture d'une route ou d'autres ouvrages de cette nature; mais ils peuvent soutenir que l'exécution de cette ordonnance ne rend pas nécessaire la cession de leurs fonds; qu'il serait plus expédient et moins coûteux de passer ailleurs que sur leurs héritages; que la direction projetée par ménagement ou complaisance pour les uns, dégénérerait en vexations pour les autres.

---

sans application ou du moins il faut, en le lisant, toujours tenir compte des modifications radicales qu'a subies la législation sur la matière.

Il faut donc que les particuliers soient mis en état de faire de ces moyens, et des autres qui peuvent se présenter, l'objet d'une discussion légitime, afin d'éclairer l'administration, avant d'appliquer l'expropriation à leurs propriétés.

259. Cette application ne peut être faite qu'après que les parties intéressées ont été mises en état d'y former leurs contredits (art. 4).

Pour atteindre ce but, voici les règles que la loi a tracées :

Avant d'entreprendre l'exécution des travaux publics ordonnés, il doit être dressé un plan terrier ou figuré des terrains ou édifices dont ils entraînent la cession.

260. Ce plan, qui indique les propriétés particulières et le nom de chaque propriétaire, doit rester déposé pendant huit jours entre les mains du maire de la commune, afin que chacun puisse en prendre connaissance; et le délai de huitaine ne court qu'à dater de l'avertissement qui doit être collectivement donné aux parties intéressées, par une publication à son de trompe ou de caisse, dans la commune, et par affiches, tant à la principale porte de l'église du lieu, qu'à celle de la maison commune. Ces publications et affiches doivent être certifiées par le maire.

261. Si quelques propriétaires ont des demandes ou des plaintes à former, ils doivent les présenter à une commission présidée par le sous-préfet, et composée de deux membres du conseil d'arrondissement désignés par le préfet, du maire de la commune où les propriétés sont situées, et d'un ingénieur.

Cette commission se réunit au local de la sous-préfecture; elle reçoit les demandes et les plaintes des propriétaires; elle les appelle toutes les fois qu'elle le juge convenable (art. 8).

Si la commission pense qu'il y a lieu de maintenir l'application du plan, elle en expose les motifs.

Si elle est d'avis de quelques changemens, elle ne doit les proposer qu'après avoir entendu ou appelé les propriétaires des terrains sur lesquels se reporterait l'effet des changemens.

Dans le cas où il y aurait dissentiment entre les divers propriétaires, la commission doit exposer sommairement leurs moyens respectifs, et donner son avis motivé (art. 9).

262. Là se bornent les opérations de la commission. Le procès-verbal de ses opérations est adressé par le sous-préfet au préfet, qui statue immédiatement et détermine définitivement les points sur lesquels seront dirigés les travaux (art. 10).

Mais ni la commission, ni le préfet, ne peuvent prendre connaissance des difficultés qui ne porteraient que sur les fonds à céder (art. 11).

Après la détermination du préfet, les propriétaires consentent ou refusent de céder leurs propriétés.

263. S'ils consentent, le préfet propose les conditions de la cession, et leur offre une indemnité.

Si les propositions sont acceptées, tout est réglé de gré à gré. Il est passé entre les propriétaires et le préfet un acte de vente, qui est rédigé dans la forme des actes d'administration, et dont la minute reste déposée aux archives de la préfecture (art. 12).

264. Si les propriétaires refusent de céder leurs propriétés, ou même s'il n'y a qu'absence d'un acquiescement formel, il faut, pour les y contraindre, recourir aux tribunaux, qui peuvent seuls prononcer l'expropriation.

C'est un principe fondamental en cette matière. Étrangers à la direction des travaux, les tribunaux ne peuvent ni en régler l'application à tels ou tels héritages, ni changer ou modifier les opérations de l'administration relatives à cette application.

Mais l'emploi d'aucune voie coactive ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement; il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de mettre le sceau à l'expropriation, et nul particulier n'est tenu de quitter son champ ou sa maison qu'après que ses juges naturels le lui auront ordonné; autrement, il y aurait voie de fait ou abus d'autorité.

265. Le préfet doit transmettre son arrêté définitif qui indique les propriétés cessibles, avec copie des autres pièces, au procureur du roi du tribunal de l'arrondissement où les propriétés sont situées.

266. Dans les trois jours suivans, ce procureur du roi doit requérir l'exécution de l'arrêté, sur le vu duquel le tribunal, s'il n'aperçoit aucune infraction aux règles établies pour mettre la propriété à l'abri des invasions précipitées, autorise le préfet à se mettre en possession des terrains ou édifices désignés, sauf le règlement de l'indemnité comme il sera dit ci-après (art. 13).

Le jugement d'autorisation doit être, à la diligence du procureur du roi, affiché à la porte du tribunal, et de plus affiché et publié dans la commune, selon les formes établies pour le dépôt du plan terrier.

267. Si le tribunal aperçoit qu'il y a eu infraction aux règles établies, il doit surseoir et communiquer ses observations au préfet. Il en est de même si, dans les huit jours qui suivent les publications et affiches, quelques propriétaires prétendent que l'utilité publique n'a pas été constatée, ou que leurs réclamations n'ont pas été examinées et décidées conformément aux règles établies, ils peuvent présenter requête au tribunal, qui en ordonnera la communication

au préfet par la voie du procureur du roi, et pourra néanmoins prononcer un sursis à toute exécution.

268. Dans la quinzaine qui suivra cette communication, le préfet doit donner ses observations ou réponses, et le tribunal jugera, à la vue des écrits respectifs, ou immédiatement après l'expiration de ce délai, sur les seules pièces produites, si les formes prescrites par la loi ont été ou non observées (art. 14).

Ainsi, il s'établit devant le tribunal un débat entre le préfet et les particuliers, sur la question de savoir si les formes ont été remplies.

269. Si le tribunal prononce qu'elles ne l'ont pas été, il sera indéfiniment sursis à toute exécution, jusqu'à ce qu'elles aient été observées; et le procureur du roi, par l'intermédiaire du procureur général, en informe le grand juge, qui fait connaître au Roi l'atteinte portée à la propriété par l'administration.

Les préfets, instruits que les tribunaux peuvent examiner si leurs opérations sont revêtues des formes protectrices de la propriété, seront plus attentifs à les observer.

270. S'il n'y a entre le préfet et les particuliers qu'un simple dissentiment sur la valeur de l'indemnité, c'est encore à l'autorité judiciaire qu'il faut recourir.

Si le prix de l'objet à céder pouvait dépendre de la seule volonté du propriétaire, le privilége que donne la cause d'utilité publique cesserait d'exister, ou serait illusoire.

Mais le privilége de l'État excèderait les bornes légitimes, si, quelque équitables que l'on doive présumer les administrateurs, ils pouvaient seuls régler le prix de la cession; *car ils ne sont point juges, mais parties* (1).

Il n'y a donc qu'une autorité qui puisse exactement tenir la balance entre le public et les particuliers, ou, en d'autres termes, entre l'administration et les propriétaires; c'est l'autorité judiciaire, protectrice impartiale de leurs droits réciproques.

271. C'est au tribunal de l'arrondissement où les fonds seront situés, qu'il appartient de fixer les indemnités, à la vue des baux, des ventes antérieures et récentes; en un mot, d'après tous les documens qu'il pourra se procurer (art. 16).

Si ces documens se trouvent insuffisans pour éclairer le tribunal, il peut nommer d'office un ou trois experts, dont le rapport ne le lie point, et ne vaut que comme renseignement (art. 16).

Principe conforme au droit commun qu'il était nécessaire de rap-

(1) Expressions de l'orateur du Gouvernement.

peler, ainsi que de confier la nomination des experts au tribunal, pour écarter les dangers d'une estimation de faveur, que peut dicter la prépondérance de l'intérêt privé sur l'intérêt public, quand les experts sont choisis par les parties.

272. Dans le cas où il y aurait des tiers intéressés à titre d'usufruitier, de fermier ou de locataire, le propriétaire doit les appeler avant la fixation de l'indemnité, pour concourir, en ce qui les concerne, aux opérations relatives; sinon, il reste seul chargé envers eux des indemnités qu'ils pourraient réclamer.

Les indemnités des tiers intéressés, ainsi appelés ou intervenans, sont réglées en la même forme que celles dues aux propriétaires (art. 18).

273. Cette procédure sommaire sur les indemnités doit suivre les règles communes ; en sorte que, si les offres du préfet étaient jugées suffisantes, le propriétaire devrait être condamné aux frais.

274. Quelque célère qu'elle soit, il peut y avoir urgence à commencer les travaux avant la fin du litige; le tribunal peut alors ordonner provisoirement la mise en possession de l'administration, avant l'évaluation des indemnités, et son jugement est exécuté nonobstant appel ni opposition.

Mais si la contestation portait sur le fonds même de l'expropriation, sur l'inobservation des formes requises pour y parvenir, le tribunal ne pourrait ordonner la mise en possession provisoire de l'administration (art. 19).

275. Les jugemens rendus sur la fixation des indemnités sont sujets à l'appel (art. 19).

276. Après la fixation des indemnités, il faut en effectuer le paiement. L'art. 545 du Code civil exige que ce paiement soit préalablement exécuté; mais la loi du 8 mars 1810 a prévu le cas où des circonstances particulières (1) empêchent le paiement actuel en tout ou en partie, et elle veut que l'intérêt en soit dû à compter du jour de la dépossession, d'après l'évaluation provisoire ou définitive de l'indemnité, et payé de six mois en six mois, sans que le paiement du capital puisse être retardé au-delà de trois ans, si les propriétaires n'y consentent (art. 20).

277. Pour assurer le paiement des propriétaires, la loi leur donne une action qu'ils peuvent porter devant les tribunaux, après certains préliminaires.

---

(1) Cette disposition, qui laissait au précédent Gouvernement la faculté indéfinie d'éluder l'indemnité préalable exigée par la justice, se trouve abrogée par l'art. 10 de la Charte constitutionnelle.

Lorsqu'il y a des intérêts échus et non payés par l'administration débitrice, ou lorsque le capital ou partie du capital de l'indemnité n'a pas été remboursé dans les trois ans ou dans les termes du contrat, les propriétaires et autres parties intéressées peuvent remettre à l'administration des domaines, en la personne de son directeur, dans le département de la situation des biens, un mémoire des sommes qui leur sont dues, accompagné des titres à l'appui; cette remise est constatée par un récépissé du directeur, ou par exploit d'huissier.

Et si, dans les trente jours qui la suivront, le paiement n'est pas effectué, les propriétaires ou autres parties intéressées pourront traduire l'administration des domaines devant le tribunal, pour y être condamnée à leur payer les sommes dues en acquit de l'administration en retard (art. 21).

Mais avant qu'il soit statué sur l'action récursoire dirigée contre l'administration des domaines, le procureur du roi peut requérir, pour en instruire le grand juge ministre de la justice, un ajournement d'un à deux mois, qui doit en ce cas être prononcé par le tribunal (art. 22).

Enfin si, durant cet ajournement, nulle mesure administrative n'a été prise pour opérer le paiement, le tribunal prononcera après l'expiration du délai (art. 23).

278. S'il y a des hypothèques sur les fonds expropriés, des saisies-arrêts ou oppositions formées par des tiers au versement des deniers entre les mains soit du propriétaire dépossédé, soit des usufruitiers ou locataires évincés, les sommes dues doivent être consignées, pour être ultérieurement pourvu à leur emploi ou distribution, dans l'ordre et selon les règles du droit commun (art. 25).

279. Toutes les fois qu'il y a lieu de recourir au tribunal, soit pour faire ordonner la dépossession ou s'y opposer, soit pour le règlement des indemnités, soit pour en obtenir le paiement, soit pour reporter l'hypothèque sur des fonds autres que ceux cédés, la procédure doit s'instruire sommairement; l'enregistrement des actes qui y sont sujets aura lieu *gratis*.

Le procureur du roi est toujours entendu avant les jugemens, tant préparatoires que définitifs (art. 25).

280. Au reste, les dispositions de la loi du 8 mars 1810 ne peuvent s'appliquer aux mesures que commandent des événemens extraordinaires et fortuits, tels que la rupture d'une digue, la submersion d'une route, le siége d'une ville, un incendie, un naufrage imminent, etc., etc. On ne peut appliquer à ces cas d'autre règle que la loi suprême, *salus populi suprema lex esto*. La dure néces-

sité commande alors souvent le sacrifice des propriétés particulières, sans indemnité préalable (1).

## § II.

### Des desséchemens de marais. Loi du 16 septembre 1807.

SOMMAIRE.

281. Les desséchemens peuvent être une cause d'aliénation forcée
282. Le Gouvernement peut ordonner des desséchemens. Loi du 16 septembre 1807.
283. Mais les propriétaires sont préférés, en se conformant aux plans.
284. S'ils refusent, les desséchemens sont exécutés par l'État ou par ses concessionnaires; mais les propriétaires doivent recevoir une indemnité.
285. Quand les propriétaires peuvent être forcés à céder leurs propriétés.
286. Comment s'en fait l'estimation.

281. Le desséchement des marais est mis, dans notre législation, au nombre des causes d'utilité publique, pour lesquelles un propriétaire peut être contraint de céder sa propriété.

Plusieurs lois anciennes (2) avaient accordé des priviléges ou exemptions aux propriétaires qui entreprenaient de dessécher des marais ou des terres inondées, pour les mettre en valeur.

L'Assemblée constituante alla plus loin; elle déclara qu'il importait au bien public, auquel doit être subordonné le droit de propriété particulière, de mettre en culture toute l'étendue du territoire. Elle ordonna, en conséquence, qu'il fût fait un état raisonné de tous les marais ou terres inondées (3), et voulut que, dans le cas où les propriétaires refuseraient de les dessécher, les administrations départementales fissent exécuter les desséchemens, et elle régla les formalités, les obligations et les droits des propriétaires et de l'administration (4).

Cette loi était demeurée sans exécution.

282. La loi du 16 septembre 1807, partant du même principe, que les desséchemens sont un objet d'utilité publique auquel la pro-

(1) Il est dû une indemnité dans le cas de jet, lorsque les marchandises ont été jetées à la mer pour sauver le navire. *V.* l'*Ordonnance de la marine*, liv. 3, tit. 8, d'où ont été pris les art. 410 et suiv. du Code de commerce, sur le jet et la contribution. Mais celui dont la maison est abattue en cas d'incendie, pour empêcher le feu de se communiquer, doit-il être indemnisé. L'art. 645 de la *Coutume de Bretagne* accordait une indemnité. *V.* Duparc-Poullain, sur cet article, et les auteurs qu'il cite; Domat, liv. 2, tit. 2, sect. 4, n° 7, dans la note; Voët, *in Pandect.*, lib. 14, tit. 2, n° 18. Le Code garde le silence sur cette question. — (2) *Voyez-en* l'énumération dans l'état de la législation antérieure au *projet de Code rural*, et au Code civil imprimé en 1808, *ad calcem* du *projet de Code rural*, page 51. — (3) Décret du 24 août 1790. — (4) Décret du 26 décembre 1790.

priété particulière doit céder, donne au Gouvernement le droit d'ordonner les desséchemens qu'il jugera utiles ou nécessaires, de les faire exécuter par l'État ou par des concessionnaires.

283. Mais la concession est accordée de préférence aux propriétaires, s'ils se soumettent à exécuter le desséchement dans les délais fixés, et conformément aux plans adoptés par le Gouvernement.

284. S'ils refusent de s'y soumettre, le desséchement est exécuté par l'État ou par les concessionnaires du Gouvernement; mais les propriétaires ne sont pas pour cela dépouillés de leurs propriétés; ils sont seulement, après le desséchement exécuté, obligés de payer, sur la plus-value que leurs terres ont obtenue, une indemnité dont ils peuvent se libérer en délaissant une portion de leurs fonds, ou en constituant une rente sur le pied de quatre pour cent, sans retenue, remboursable par portions, qui ne peuvent être moindres d'un dixième, et moyennant vingt-cinq capitaux.

Au reste, les indemnités dues, et par conséquent la rente qui en tient lieu, sont affectées par privilége sur toute la plus-value, à la charge de faire transcrire l'acte de concession, ou l'ordonnance qui ordonne le desséchement au compte de l'État.

285. L'art. 24 porte que, dans le cas où le desséchement du marais ne pourrait être opéré par les *moyens ci-dessus organisés* (1), et où, soit par les obstacles de la nature, soit par les oppositions persévérantes des propriétaires, on ne pourrait parvenir au desséchement, les propriétaires peuvent être contraints à *délaisser* leurs propriétés, sur estimation faite dans les formes prescrites.

286. Cette estimation est soumise, par le même article, au jugement et à l'homologation d'une commission formée à cet effet; et la cession doit être ordonnée sur le rapport du ministre de l'intérieur, par un règlement d'administration publique, c'est-à-dire par une ordonnance du roi.

Mais il faut remarquer que les dispositions de cette loi du 16 septembre 1807 sont rapportées en tout ce qu'elles ont de contraire à celle du 8 mars 1810 (2). Ainsi, après que la cession a été ordonnée par une ordonnance du Roi, il faut suivre, pour l'estimation, les formes prescrites par cette dernière loi.

---

(1) Il est difficile de comprendre le sens de ces expressions; car les articles précédens ne parlent point des moyens de desséchement. — (2) *V.* l'art. 27 de la loi du 8 mars 1810. — [La loi du 8 mars 1810 est abrogée par celle du 3 mai 1841. Dès-lors l'indemnité doit être réglée par un jury spécial qui remplace aujourd'hui les tribunaux pour cette fixation. *V.* Foucard, *Droit administratif*, tome 2, n° 473. *V.* aussi mes notes sur l'art. 1 de la loi du 7 juillet 1833. *Collection des lois*, tome 33, page 236.]

Il est à craindre que ces dispositions sur les desséchemens, au lieu de produire le bien qu'on s'en était promis, ne servent, à des concessionnaires avides, de prétexte pour surprendre le Gouvernement, et pour vexer les propriétaires de marais.

## § III.

### De quelques autres causes d'utilité publique qui nécessitent des aliénations forcées.

SOMMAIRE.

287. Des travaux de salubrité.
288. Des alignemens et élargissemens des rues.
289. L'indemnité n'est plus fixée aujourd'hui par les anciens règlemens qui sont abrogés, mais conformément à la loi du 8 mars 1810.
290. *Quid*, si un propriétaire reçoit la faculté de s'avancer sur la rue?
291. Des matériaux nécessaires aux routes, comment se fait l'estimation de l'indemnité, et par quelle autorité.

287. Tous les travaux de salubrité, qui intéressent les villes et les communes, sont une cause d'utilité publique qui peut nécessiter la cession des propriétés particulières; mais ces travaux ne peuvent être ordonnés que par le Gouvernement (1).

288. Il en est de même des alignemens nécessaires pour l'ouverture des nouvelles rues ou pour l'élargissement des anciennes (Loi du 16 septembre 1807).

289. L'indemnité ne doit plus être fixée conformément aux anciennes lois et règlemens. A Rennes, par exemple, il y avait d'anciens règlemens qui fixaient à un prix très modique le prix de chaque toise de terrain occupé par les alignemens ou travaux.

Ces règlemens sont abrogés par les lois des 16 septembre 1807 et 8 mars 1810. Les indemnités ne peuvent être fixées aujourd'hui que de gré à gré, sur les offres faites aux propriétaires; et en cas que ces offres ne soient pas acceptées, c'est le tribunal qui doit fixer les indemnités, comme on l'a dit ci-dessus (*a*).

Lorsqu'un propriétaire fait volontairement démolir sa maison, lorsqu'il est forcé de la démolir pour cause de vétusté, il n'a droit à indemnité que pour la valeur du terrain délaissé, si l'alignement qui lui est donné par les autorités compétentes le force à reculer sa construction (2).

Au contraire, les maisons et bâtimens dont il serait nécessaire de faire démolir et d'enlever une portion, pour cause d'utilité publique,

(1) Art. 35 et 36 de la loi du 16 septembre 1807. — (*a*) *V.* n° 286 et la note — (2) Art. 50 de la loi du 16 septembre 1807

doivent être acquis en entier, si le propriétaire l'exige, sauf à l'administration publique ou aux communes à revendre les portions de bâtimens ainsi acquises, et qui ne seront pas nécessaires pour l'exécution du plan (1).

290. Au cas où, par les alignemens arrêtés, un propriétaire pourrait recevoir la faculté de s'avancer sur la voie publique, il doit payer la valeur du terrain qui lui est cédé; et s'il ne voulait point acquérir, il pourrait être dépossédé de l'ensemble de sa propriété, en lui payant la valeur telle qu'elle était avant l'entreprise des travaux (2).

291. Quant aux terrains occupés pour prendre les matériaux nécessaires aux routes ou aux constructions publiques, ils peuvent être payés aux propriétaires, comme s'ils eussent été pris pour la route même.

On ne fait entrer, dans l'estimation, la valeur des matériaux à extraire, que dans le cas où l'on s'emparerait d'une carrière déjà en exploitation; alors les matériaux sont évalués d'après leurs prix courans, abstraction faite de l'existence et des besoins de la route pour laquelle ils sont pris, ou des constructions auxquelles on les destine (3).

Avant la loi du 8 mars 1810, l'évaluation des indemnités dues dans les cas ci-dessus prévus se faisait toujours administrativement, et les tribunaux n'avaient aucun droit d'en connaître, sous quelque rapport et dans quelque cas que ce fût.

L'Assemblée constituante, par la loi du 7 septembre 1790, attribua aux directoires de district, comme conciliateurs, et à ceux de département, comme juges en dernier ressort, la connaissance des contestations relatives aux indemnités.

La même attribution fut déférée aux conseils de préfecture, par la loi du 28 pluviôse an VIII.

La loi du 16 septembre 1807 voulait que l'indemnité fût fixée par deux experts, dont l'un nommé par le propriétaire, l'autre par le préfet; et l'ingénieur en chef du département était de droit le tiers expert.

Mais par la loi du 8 mars 1810, qui abroge, en ce point, toutes les lois antérieures, et nommément celle du 16 septembre 1807 (4), le droit de fixer les indemnités est ôté aux administrateurs, qui ne sont point, en cette matière, considérés comme juges, mais comme parties. L'autorité judiciaire est appelée pour tenir la balance entre

(1) Art. 51 de la loi du 16 septembre 1807. — (2) Art. 53 *ibid* — (3) Art. 55. — (4) Art. 56.

l'administration et les propriétaires. A ce moyen, les administrateurs sont déchargés d'une responsabilité morale, qui rend leur position moins délicate. Les indemnités doivent être fixées de gré à gré; et en cas que les parties ne soient pas d'accord, elles sont fixées par le tribunal civil de la situation, dans les formes ci-dessus indiquées (1), et les frais de la contestation retombent sur la partie qui succombe. Il ne faut pas dissimuler que sous le gouvernement de Bonaparte, on a toujours éludé l'application de la loi du 8 mars 1810.

## § IV.

### Des mines, minières et carrières. Loi du 22 avril 1810.

SOMMAIRE.

292. Division des substances minérales en trois classes, mines, minières et carrières.
293. Il faut une concession du Gouvernement pour exploiter les mines.
294. Comment on en peut faire la recherche en indemnisant le propriétaire.
295. On ne peut faire de recherches dans les enclos murés, cours, jardins, etc., ni à 100 mètres de distance.
296. Quelle autorité décide les contestations entre les concessionnaires des mines et les propriétaires des fonds.
297. Comment sont réglées les indemnités
298. De l'exploitation des minières.
299. De l'exploitation des terres pyriteuses ou alumineuses
300. De l'exploitation des carrières.
301. De l'exploitation des tourbières

292. Le droit de propriété est encore modifié d'une manière remarquable (2), en ce qui concerne les mines et minières, par la loi du 21 avril 1810.

Les masses de substances minérales ou fossiles, renfermées dans le sein de la terre, sont classées, relativement aux règles de l'exploitation de chacune d'elles, sous les trois qualifications de mines, minières et carrières; et les droits des propriétaires de la surface, sur les substances de ces trois classes, sont très différens.

(1) *V.* l'art. 16 de la loi du 8 mars 1810; *V.* aussi le *rapport* fait par M. Riboud, au nom de la commission de législation civile, sur la loi du 8 mars 1810. — [ L'opinion de M. Toullier n'a point prévalu. On a toujours continué à décider par application de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, que l'autorité administrative était seule compétente pour le règlement de ces sortes d'indemnités. Rej., 1er août 1837; Sirey, 37, 1, 849; Journ. du Palais, tome 2, 1837, page 93. Cass., 2 décembre 1839; Sirey, 39, 1, 909. Journ. du Palais, tome 2, 1839, page 636. Rej., 9 juin 1841; Journ. du Palais, tome 2, 1841, page 67, *idem* 1er octobre 1841, tome 2, 1841. page 559. Ord 2 août 1838, Sirey, 39, 2, 313; ord 19 décembre 1839; Macarel, tome 21, page 592. Ord., 10 décembre 1840, Mac., tome 22, page 421. ] — (2) On peut voir encore la loi du 28 juillet 1791, relative aux mines. — [ Et la loi du 27 avril 1838, relative à l'assèchement et à l'exploitation des mines. Collection des lois, tome 38, page 267. ]

On considère comme mines celles connues pour contenir en filons, en couches ou en amas, de l'or, de l'argent, du platine, du mercure, du plomb, du fer en filons ou couches, du cuivre, de l'étain, du zinc, de la calamine, du bismuth, du cobalt, de l'arsenic, du manganèse, de l'antimoine, du molybdène, de la plombagine ou autres matières métalliques, du soufre, du charbon de terre ou de pierre, du bois fossile, des bitumes, de l'alun et des sulfates à base métallique (1).

Les minières comprennent les minerais de fer, dits d'alluvion, les terres pyriteuses propres à être converties en sulfate de fer, les terres alumineuses et les tourbes (2).

Les carrières renferment les ardoises, les grès, pierres à bâtir et autres, les marbres, granits, pierres à chaux, pierres à plâtre, les pozzolanes, les strass, les basaltes, les laves, les marnes, craies, sables, pierres à fusil, argiles; kaolin, terres à foulon, terres à poterie, les substances terreuses et les cailloux de toute nature, les terres pyriteuses regardées comme un engrais (3).

293. Les mines ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'un acte de concession, délibéré en Conseil d'état, qui règle les droits des propriétaires de la surface, sur le produit des mines concédées (4).

Il faut voir dans la loi les dispositions relatives à ces concessions.

294. Mais nul ne peut faire des recherches pour découvrir des mines, enfoncer des sondes ou tarières sur un terrain qui ne lui appartient pas que du consentement du propriétaire de la surface, ou avec l'autorisation du Gouvernement, donnée après avoir consulté l'administration des mines, à la charge d'une *préalable* indemnité envers le propriétaire, et après qu'il aura été entendu (art. 10).

295. Et nulle permission de recherches ni concession de mine ne peut, sans le consentement formel du propriétaire de la surface, donner le droit de faire des sondes, et d'ouvrir des puits ou galeries, ni celui d'établir des machines ou magasins dans les enclos murés, cours ou jardins, ni dans les terrains attenans aux habitations ou clôtures murées, dans la distance de 100 mètres desdites clôtures ou des habitations.

296. Quant aux contestations qui peuvent s'élever entre les propriétaires des mines et les propriétaires de la surface, relativement aux indemnités dues à ces derniers, pour savoir l'autorité qui doit en connaître, il faut distinguer :

Si les indemnités sont dues à raison de recherches ou travaux antérieurs à l'acte de concession, les contestations, par une déroga-

(1) Art. 2 de loi du 28 juillet 1791, relative aux mines — (2) Art. 3. — (3) Art. 4 — (4) Art. 5 et 6.

tion spéciale à la loi du 10 mars 1810, sont décidées conformément à l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, c'est-à-dire par le conseil de préfecture (1).

297. Quant aux indemnités prétendues à raison de l'exploitation, elles doivent être réglées de gré à gré, ou par des experts; et s'il s'élève des contestations à ce sujet, elles doivent être portées devant les tribunaux, et l'on suit alors les dispositions du Code de procédure sur les expertises (art. 303 et 323) (2).

Le procureur du roi est toujours entendu sur le rapport des experts, qui doivent être pris parmi les ingénieurs des mines, ou parmi les hommes notables et expérimentés dans le fait des mines et de leurs travaux.

Ces experts, en ce qui concerne l'évaluation du prix de la surface, doivent suivre les règles établies par la loi du 16 septembre 1807, sur le desséchement des marais, tit. 2 (3).

298. L'exploitation des minières est aussi assujettie à des règles spéciales.

Elle ne peut avoir lieu sans permission, et le propriétaire des fonds où se trouve le minerai peut exploiter lui-même, pour le vendre aux maîtres des forges voisines.

S'il ne veut pas exploiter, ou s'il néglige de le faire, les maîtres des forges voisines peuvent exploiter, après en avoir prévenu les propriétaires, et obtenu la permission du préfet (art. 60).

Dans tous les cas, le prix du minerai et l'indemnité due aux propriétaires sont fixés de gré à gré ou par des experts (4), conformément aux règles prescrites par le Code de procédure.

299. L'exploitation des terres pyriteuses et alumineuses suit les mêmes règles que l'exploitation des minières (art. 71, 72).

300. L'exploitation des carrières à ciel ouvert se fait par les propriétaires, sans permission, sous la simple surveillance de la police, et avec l'observation des lois ou règlemens généraux ou locaux.

Quand l'exploitation a lieu par galeries souterraines, elle est soumise à la surveillance de l'administration (art. 81, 82).

301. Les tourbes ne peuvent être exploitées que par le propriétaire du terrain, ou de son consentement; mais il doit préalablement en faire la déclaration à la sous-préfecture, et obtenir la permission

(1) Art. 46 de la loi du 21 avril 1810. — [Cass., 21 avril 1823, Sirey, 23, 1, 301. Toutefois l'autorité administrative n'est compétente qu'autant que les recherches ou travaux antérieurs à l'acte de concession ont été autorisés par le Gouvernement, conformément à l'art. 10 de la même loi. Lyon, 14 janvier 1841; Journ. du Palais, tome 1, 1841, page 415.] — (2) *V.* les art. 15, 72, 87, 88 et 89 de la même loi. — (3) Art. 44 de la loi du 21 avril 1810. — (4) Art. 65, 66, 86 et suiv.

de commencer ou de continuer l'exploitation, à peine de 100 francs d'amende (art. 83, 84).

## § V.

### Des modifications de la propriété relativement aux bois appartenant à des particuliers.

SOMMAIRE.

302. Les anciennes lois défendaient d'abattre des arbres, sans déclaration préalable, sous peine de 3,000 liv d'amende, etc.
303. Leur abrogation.
304. Rétablissement du martelage par la loi du 4 octobre 1793, mais non de la déclaration.
305. Qui fut rétablie par la loi du 9 floréal an XI : ses dispositions à ce sujet.
306. Elle ne prononçait point de peine contre l'omission de la déclaration.
307. Dispositions du décret du 15 avril 1811. Cas où il dispense de la déclaration, il n'y assujettit que les chênes et les ormes.
308. Modération de l'ancienne amende. Comment doivent être faites les déclarations.
309. Liberté de disposer des bois, s'il n'y a point eu de martelage dans les six mois.
310. Comment est fixé le prix des arbres, il doit être payé avant leur enlèvement.
311. Six *mois* après l'abattage constaté, on peut disposer des arbres, si les agens de la marine ne les ont pas enlevés.
312. Comment le propriétaire doit procéder en cas d'urgente nécessité.
313. Ordonnance et règlement du 28 août 1816, concernant le martelage et la conservation des bois nécessaires à la marine. Ordonnance de révocation du 22 septembre 1819.
314. Anciennes lois sur le défrichement des bois; leur abrogation.
315. Disposition de la loi du 8 floréal an XI, à ce sujet.
316. Les bois des communes sont soumis au régime forestier
317. Abrogation des anciennes lois qui obligeaient les particuliers à laisser des baliveaux en exploitant leurs bois

302. On trouve encore dans notre droit français des modifications remarquables de la propriété, à l'égard des bois dont les propriétaires ne peuvent abattre les arbres ni défricher le sol que sous certaines conditions, dont l'objet a été de conserver des bois pour le service de la marine.

L'ordonnance de 1669, appelée l'ordonnance des eaux, bois et forêts, tit. 26, art. 3, défendait à tous ceux qui possèdent *des bois de haute futaie,* à 10 lieues de la mer ou à 10 lieues des rivières navigables, de les vendre ou faire exploiter sans en avoir, six mois auparavant, donné avis au grand maître des eaux et forêts, à peine de 3,000 liv. d'amende, et de confiscation des bois coupés ou vendus.

Divers arrêts du Conseil ajoutèrent à cette disposition; et celui du 1er mars 1757 ordonna que tous propriétaires de bois de futaie, *arbres épars, baliveaux* ou *taillis, dans quelques lieux qu'ils soient situés* et à *quelque distance* qu'ils soient de la mer ou des rivières

navigables, seraient tenus, six mois avant de les couper, d'en faire la déclaration au greffe de la maîtrise des lieux, à peine de 3,000 liv. d'amende, et de confiscation des bois coupés (*a*).

303. Ces règlemens rigoureux furent abrogés par la loi du 29 septembre 1791, sur l'administration forestière. L'art. 6 du tit. 1^er^ porte que les bois appartenant aux particuliers cesseront d'être soumis au régime forestier, et que chaque propriétaire sera libre de les administrer et d'en disposer à l'avenir comme bon lui semblera.

Les bois dépendans du domaine de la couronne, les bois appartenant aux communautés d'habitans ou à des établissemens publics, demeureront seuls soumis au régime forestier.

304. Mais la loi du 4 octobre 1793 autorisa le ministre de la marine à faire faire des visites dans les bois de tous les citoyens, et d'y faire *marquer* les bois propres au service de la marine, et à les faire exploiter *à mesure des besoins de la république*.

Cette opération de marquer les arbres est ce qu'on appelle martelage, parce que les arbres réservés par les agens de la marine sont marqués de l'empreinte du marteau royal, ou marteau de la marine.

305. La loi du 9 floréal an xi renouvela les anciennes défenses de couper des arbres sans déclaration préalable. L'art. 9 porte que, « tout propriétaire de *futaies* sera tenu, hors le cas *d'une urgente* « *nécessité*, de faire *six mois d'avance*, devant le conservateur fo- « restier de l'arrondissement la déclaration des coupes qu'il a intention « de faire, et des lieux où sont situés les bois. »

Le conservateur doit en prévenir le préfet maritime dans l'arrondissement duquel sa conservation est située, pour qu'il fasse procéder à la *marque*, en la forme accoutumée.

Ce martelage, suivant l'art. 7, et par conséquent la déclaration qui devrait le précéder, s'étendaient à tous les bois des particuliers, *taillis*, *futaies*, *avenues*, *lisières*, *parcs*, et *sur les arbres épars*, sans distinguer les différentes espèces.

306. Mais si cette loi avait étendu à l'excès la défense d'abattre des arbres sans déclaration préalable, elle ne prononçait aucune peine contre l'omission de déclaration, et la peine ancienne n'avait pas été remise en vigueur (1): sur ce point, la loi demeurait donc sans sanction.

307. Le décret du 15 avril 1811, imprimé dans le *Bulletin des lois*, y a pourvu, et, en même temps, il a modifié les lois précé-

(*a*) *V.* le titre 9 du Code forestier du 21 mai 1827, art. 122 et suiv. et les notes de ma collection. — (1) *V.* le *Nouveau Répertoire*, aux additions du dernier volume, v° Déclaration de coupes de bois

dentes par des dispositions moins rigoureuses. Il dispense de la déclaration les propriétaires des arbres situés dans les lieux clos et fermés de murs, ou de haies vives avec fossés attenans aux habitations, et qui ne sont pas aménagés en coupes réglées (art. 1).

Il n'assujettit les propriétaires à comprendre, dans leurs déclarations que *les chênes de futaie et les ormes ayant* 13 *décimètres de tour et au-dessus. Si les ormes sont plantés en avenues, près les maisons d'habitation, ils sont également exempts d'en faire la déclaration* (art. 2).

308. La contravention est punie, pour la première fois, d'une amende à raison de 45 fr. par mètre de tour pour chaque arbre soumis à la déclaration, et du double en cas de récidive (art. 3).

Les déclarations doivent être faites à double sur papier timbré, et remises à l'inspecteur ou sous-inspecteur forestier de l'arrondissement, lequel visera un des doubles qui sera retiré par le déclarant (art. 4).

309. S'il n'y a point eu de martelage dans les six mois, les particuliers peuvent librement disposer de leurs bois, sans être tenus d'en demander autre permission : cela résulte des lois précédentes, auxquelles le décret ne change rien sur ce point.

S'il y a un martelage, il doit en être dressé procès-verbal par un contre-maître, et il doit en être remis un double au propriétaire, ce qui ne l'empêche point d'abattre les arbres martelés, dont l'abattage doit être fait avant le 15 avril.

Les propriétaires doivent faire constater l'époque de l'abattage, par un certificat du contre-maître de la marine, des agens forestiers ou du maire de la commune des lieux, et en *donner avis* au contre-maître ou à l'officier du génie maritime (art. 7 et 8).

310. Ce décret ne déroge point à l'art. 8 de la loi du 9 floréal an XI, suivant lequel le paiement des arbres martelés doit être effectué avant leur enlèvement, par les agens de la marine, ni aux art. 10 et 11 de l'arrêté du Gouvernement du 28 floréal an XI, qui veulent que les arbres martelés soient payés par le fournisseur de la marine, au prix dont il conviendra de gré à gré, avec les parties intéressées, ou qui sera réglé par deux experts contradictoirement nommés; et, en cas de partage entre les experts, il en sera choisi un troisième par les deux premiers.

311. Six mois après l'abattage constaté de la manière prescrite par les art. 7 et 8 du décret, si l'administration de la marine ou ses fournisseurs n'ont pas payé la valeur de ces bois, les propriétaires peuvent en disposer à leur gré (art. 9), sans attendre le délai d'un an, qu'exigeait la loi du 9 floréal an XI.

Mais si l'abattage n'est pas fait dans le délai d'un an, à dater du jour de la déclaration, il faut la renouveler (art. 14).

312. Les propriétaires qui veulent faire usage de la faculté qui leur est accordée par l'art. 9 de la loi du 9 floréal an XI, pour les cas d'*urgente nécessité*, ne peuvent procéder à l'abattage des arbres qu'après avoir préalablement fait constater l'urgence par le maire de la commune, qui dresse un procès-verbal des causes qui exigent l'abattage d'un ou de plusieurs arbres; mais tout propriétaire, convaincu d'avoir, sans motifs valables, donné, en tout ou en partie, à ses arbres une destination différente de celle énoncée au procès-verbal, est puni des peines énoncées en l'art. 3 (*Voy.* l'article 15).

313. Telle est la suite des lois et règlemens sur ce point important, jusqu'au moment de la Restauration. Le 28 août 1816, il a paru une ordonnance du Roi, imprimée dans le *Bulletin des lois*, concernant le martelage et la conservation des bois nécessaires aux constructions navales. Cette ordonnance a été suivie d'un règlement du même jour, 28 août 1816, relatif à l'exécution du martelage et exploitation des bois destinés au service de la marine; et enfin, d'un arrêté du ministre de la marine, du 30 octobre 1816. Mais il s'est élevé beaucoup de réclamations contre ces ordonnances et règlemens, où l'on trouve des dispositions qui paraissent dans les attributions de la puissance législative. Ces réclamations ont été adressées aux ministres de Sa Majesté, et l'on est porté à croire que l'ordonnance et le règlement du 28 août 1816 subiront des modifications (1).

---

(1) Ce que nous avions prévu est arrivé. Le 22 septembre 1819, Sa Majesté a rendu l'ordonnance suivante :

« Au Château des Tuileries, le 22 septembre 1819.

« Louis, par la grâce de Dieu, Roi de France et de Navarre,

« Dans l'intention de pourvoir, autant que possible, par les forêts du royaume, « à l'approvisionnement de nos arsenaux maritimes, en bois de construction, « nous avons rendu, le 28 août 1816, une ordonnance, suivie d'un règlement « concernant le martelage et la conservation des bois de marine;

« Mais des représentations nous ont été adressées par divers particuliers, et « même par des conseils généraux de département, sur l'extension donnée aux « amendes qu'avait établies le décret du 13 avril 1811, et sur la suppression de « plusieurs dispositions prescrites par le même décret, dans l'intérêt des pro- « priétaires de bois;

« Ayant égard à ces représentations, et voulant concilier le libre exercice « du droit de propriété, avec les besoins du service et de l'utilité publique;

« Sur le rapport de notre ministre secrétaire d'état au département de la ma- « rine et des colonies;

« Notre Conseil d'état entendu, nous avons ordonné et ordonnons ce qui suit :

« Art. 1er. Notre ordonnance du 28 août 1816 et le règlement y annexé, sur le martelage des bois propres aux constructions navales, sont révoqués en tout « ce qui concerne les propriétés des particuliers.

314. Quant au défrichement des bois, il n'existait dans l'ordonnance de 1669 aucune disposition formelle qui défendît aux particuliers de défricher leurs bois; mais cette défense leur fut faite par différens arrêts du Conseil, sous peine de 3,000 liv. d'amende, pour chaque arpent de futaie; de 300 liv. pour chaque arpent de taillis, d'être obligés de rétablir les lieux en bois à leur frais (1). On ne pouvait défricher un bois sans en avoir obtenu la permission du Roi.

La loi du 29 septembre 1791, concernant l'administration forestière, rendit (tit. 1, art. 6) à tous les propriétaires de bois, la liberté de les administrer, et d'en disposer comme bon leur semblerait.

315. Mais cette liberté a été restreinte par la loi du 9 floréal an XI, qui porte, art. 1er: « Pendant vingt-cinq ans, à compter de la « promulgation de la présente loi, aucun bois ne pourra être arraché « et défriché que six mois après la déclaration qui en aura été faite « par le propriétaire, devant le conservateur forestier de l'arrondis- « sement où le bois sera situé. »

Art. 2. « L'administration forestière pourra, dans ce délai, faire « mettre opposition au défrichement du bois, à la charge d'en référer, avant l'expiration des six mois, au ministre des finances, sur « le rapport duquel le Gouvernement statuera définitivement dans « le même délai. »

Art. 3. « En cas de contravention aux dispositions de l'article « précédent, le propriétaire sera condamné par le tribunal compé- « tent, sur la réquisition du conservateur de l'arrondissement, et à « la diligence du commissaire du Gouvernement, 1° à remettre une « égale quantité de terrain en nature de bois; 2° à une amende qui « ne pourra être au-dessous du cinquantième et au-dessus du vingtième de la valeur du bois arraché. »

Art. 4. « Faute par le propriétaire d'effectuer la plantation et le « semis dans le délai qui lui sera fixé, après le jugement, par le conservateur, il y sera pourvu à ses frais par l'administration forestière. »

Art. 5. « Sont exceptés des dispositions ci-dessus, les bois non « clos, d'une étendue moindre de 2 hectares, lorsqu'ils ne seront

---

« En conséquence, les propriétaires de bois ne seront plus assujettis désormais qu'à se conformer aux dispositions des lois antérieures, et notamment « au décret du 13 avril 1811.

« 2. Notre garde des sceaux, ministre de la justice, et nos ministres des « finances et de la marine, sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de « l'exécution de la présente ordonnance.

« Donné, etc. »

(1) *V.* le *Dictionnaire des eaux, bois et forêts*, par Chailland, vo Défrichement

« pas situés sur le sommet ou la pente d'une montagne, et les « parcs ou jardins clos de murs, de haies ou fossés, attenant à l'ha- « bitation principale.

« Art. 6. Les semis ou plantations de bois des particuliers ne « seront soumis qu'après vingt ans aux dispositions portées à l'art. « 1er et suivans (*a*). »

316. Les bois des communes, des hospices et des établissemens publics, sont soumis à l'administration forestière, par la loi du 29 septembre 1791, et ne peuvent être défrichés sans la permission du Gouvernement. L'arrêté du Gouvernement, du 9 floréal an XI, les assimile en tout point aux bois nationaux (*b*).

317. L'art. 1er de l'ordonnance de 1669 voulait que les propriétaires de bois particuliers ne pussent les couper ou les vendre, qu'en laissant seize baliveaux par arpent de taillis, et dix par arpent de futaie, sans pouvoir disposer de ces baliveaux avant que ceux des taillis eussent atteint l'âge de quarante ans, et ceux des futaies cent vingt ans. Un arrêt du Conseil, du 19 juillet 1723, prononçait contre les contrevenans une amende de 300 livres.

La loi du 29 septembre 1791 abrogea ces dispositions, en rendant aux particuliers la liberté d'administrer et de disposer de leurs bois comme bon leur semblerait.

Et la loi du 9 floréal an XI, relative au régime des bois appartenant à des particuliers, n'a point rappelé les dispositions des anciennes lois sur la nécessité imposée aux particuliers de laisser des baliveaux en exploitant leurs bois de futaie ou taillis (*c*).

## § VI.

### Des aliénations forcées en faveur des particuliers.

SOMMAIRE.

318. Du passage pour les fonds enclavés. Renvoi.
319. De la licitation des biens indivis.
320. L'aliénation forcée peut être fondée sur une convention ou sur un acte de dernière volonté.
321. Obligation résultant de la promesse de vendre. Renvoi
322. Effet de l'obligation de vendre dans le cas des deux numéros suivans.
323. *Quid*, dans le cas du réméré?
324. Et des domaines congéables?

318. Ce n'est pas seulement pour cause d'utilité publique qu'on.

(*a*) *V.* les art. 219 et suiv. du Code forestier. — (*b*) *V.* art. 1 et 91, Code forestier. — (*c*) Ces dispositions n'ont point été rappelées non plus par le Code forestier.

peut être forcé d'aliéner; on peut l'être quelquefois pour une nécessité particulière.

Nous en trouvons un exemple dans l'art. 682 du Code, qui oblige le voisin de vendre un passage pour l'exploitation des fonds voisins, lorsqu'ils se trouvent enclavés de manière à n'avoir aucune issue sur la voie publique. C'est l'obligation de vendre une servitude; nous en parlerons au tit. 4.

319. L'aliénation est encore forcée dans le cas d'une propriété indivise, lorsque des immeubles ne peuvent être partagés commodément. Il doit alors être procédé à la vente par licitation (art. 827, 1686).

Et si l'un des copropriétaires s'y refusait, l'autre pourrait la faire ordonner par le tribunal. Nous en parlerons dans le troisième livre, au chapitre des partages.

La licitation des meubles peut aussi être faite dans le cas de l'art. 575, lorsqu'une chose formée de plusieurs choses mobilières appartenant à différens maîtres, leur reste en commun.

320. Dans tous les cas que nous avons examinés, tant en ce paragraphe que dans les précédens, l'obligation d'aliéner vient de la loi, mais elle peut aussi être fondée sur une convention ou sur un acte de dernière volonté.

Sur un acte de dernière volonté, lorsqu'un testateur ordonne à son héritier ou à son légataire de vendre à une certaine personne, soit une chose dépendant de sa succession, soit une chose appartenant à l'héritier ou légataire. Ceux-ci, en acceptant la succession ou le legs, contractent l'obligation de vendre la chose à la personne désignée pour le prix fixé par le testament; ou, si le testateur ne l'a pas fixé, pour le prix qui sera réglé de gré à gré, ou par expert (1).

Il en est de même si une chose a été donnée entre vifs, à condition que le donataire vendra certaine chose à telle personne. Celle-ci peut contraindre le donataire à la vente, ou, sur son refus, faire rendre un jugement qui en tiendra lieu.

Car on peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre (1121).

321. L'obligation de vendre peut encore naître d'une promesse de vente. Nous en parlerons au troisième livre, au titre de la vente.

---

(1) Leg 49, § 8, *ff. de Leg.* 1° Pothier, *du Contrat de vente*, nos 510 et suiv., *nec obstat.*, art. 1021, qui porte : « Lorsque le testateur aura légué la chose « d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui « appartenait pas. » *V.* le 5e vol., tit. 2, chap. 5, sect. 6.

322. Mais remarquez que, dans les trois cas ci-dessus, la propriété n'est modifiée qu'à l'égard du propriétaire, qui peut être contraint de vendre contre sa volonté; mais si, avant d'y être contraint, il avait vendu volontairement à un autre, la propriété serait irrévocablement transférée, et l'obligation de vendre se résoudrait en dommages et intérêts, sans que la personne qui pouvait contraindre de vendre, pût avoir d'action contre l'acquéreur (*a*).

323. Au contraire, il y a des cas où elle le peut; par exemple, dans le cas du rachat ou réméré conventionnel, l'acquéreur, grevé de ce droit, n'en est pas moins propriétaire à tous autres égards; seulement sa propriété peut être résolue par l'exercice du droit. S'il vend à un tiers, il transfère la propriété, mais imparfaite et modifiée, telle qu'elle était entre ses mains, en un mot, grevée du droit de réméré, qui peut être exercé contre un second ou un troisième acquéreur, et ainsi de suite, quand même la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans les second et troisième contrats, parce que le premier acquéreur n'a pu transférer au second plus de droits qu'il n'en avait lui-même, le second au troisième, et ainsi de suite (1664). Dans ce cas, le droit même de propriété est vraiment modifié, comme dans le cas des servitudes.

324. C'est encore de cette manière qu'est modifiée la propriété de la superficie des domaines congéables dans la personne des colons. Cette propriété est soumise à un droit de rachat perpétuel et imprescriptible. La propriété est même, en ce cas, modifiée de deux façons; car si le colon peut être forcé de revendre la superficie au propriétaire du fonds, il peut aussi contraindre celui-ci à la racheter, en provoquant le congément (*b*).

Au reste, nous ne prétendons pas avoir énuméré tous les cas où la propriété est modifiée par l'obligation d'aliéner; ceux que nous avons donnés pour exemple suffisent pour l'exposition des principes.

## § VII.

### De la défense d'aliéner.

SOMMAIRE.

325. Cette défense vient de la loi ou du fait de l'homme. Renvoi.

325. La propriété, en ce qui concerne le droit de disposer, peut

(*a*) *V.* dans mon *Traité de la vente* ce que j'ai dit des promesses de vente. — (*b*) *V.* sur la matière du domaine congéable mon *Traité de louage*, tome 1, n° 212 et suiv.

aussi être modifiée par la défense d'aliéner. Cette défense peut venir de la loi ou du fait de l'homme.

Elle vient de la loi dans le cas des mineurs et des interdits, qui ne peuvent aliéner ni hypothéquer les biens dont ils sont propriétaires;

Dans le cas des femmes mariées, qui ne peuvent aliéner ni même contracter sans l'autorisation de leurs maris;

Dans le cas des personnes soumises à la direction d'un conseil judiciaire, lesquels ne peuvent aliéner sans l'avis de ce conseil.

Nous avons expliqué ces trois premiers cas dans le premier livre du Code. La défense d'aliéner vient encore de la loi, dans le cas des immeubles constitués en dot, qui ne peuvent être aliénés ni hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement (1554).

Nous en parlerons dans le troisième livre, en expliquant les dispositions du Code sur le régime dotal.

La défense d'aliéner vient du fait de l'homme, dans le cas des donations faites par les père et mère, frères et sœurs, à la charge de rendre aux enfans nés ou à naître des donataires (art. 1048 et 1049). C'est ce qu'on appelle des *substitutions*. Nous en parlerons dans le troisième livre, tit. 2, chap. 6.

Les majorats sont aussi de véritables substitutions, à l'égard desquelles la défense d'aliéner est plus étendue. Nous en parlerons dans le troisième livre.

C'est aussi dans le troisième livre que nous parlerons des conditions de ne point aliéner, mises à des contrats ou à des dispositions de dernière volonté.

---

## SECTION II.

*Des modifications de la propriété relatives au droit de jouir.*

### SOMMAIRE.

326. Comment la propriété est modifiée par l'usufruit, l'usage, etc., et par les servitudes réelles. Renvoi.
327. Tout usage de la propriété qui cause un dommage réel à autrui est défendu.
328. Mais non celui qui cause de l'incommodité, pourvu qu'il n'y ait pas envie de nuire. Exemple.
329 Du dommage causé par les fouilles, fours, etc.
330. Obligations légales qui modifient le droit de jouir.
331. Les réglemens indiquent les distances à garder pour certains ouvrages, afin de prévenir les dommages. Divers usemens sur ce sujet.
332. Malgré ces distances, celui qui a fait les ouvrages répond des dommages.
333. Différentes dispositions du Code qui modifient le droit de jouir.

334. Défense de rien faire passer sur le voisin qui puisse l'incommoder ou lui nuire; fumée, etc.
335. Dommage causé par les lapins. Jurisprudence de la Cour de cassation.
336. On peut priver le voisin d'une commodité.
337. Transition aux titres suivans.

326. La propriété peut être modifiée en beaucoup de manières, relativement au droit de jouir. La plus remarquable de ces manières est le cas où le droit de jouissance se trouve en tout ou en partie séparé de la nue-propriété, pour un temps plus ou moins long. Nous en parlerons au titre de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation.

Le propriétaire peut aussi s'interdire pour toujours certains actes de jouissance, ou les permettre à un tiers. Nous en parlerons au titre des servitudes.

327. Indépendamment de ces cas spéciaux, les lois défendent en général tout usage (1) de la propriété qui pourrait causer un dommage réel au public ou aux particuliers; et l'on entend par dommage (2) toute perte ou diminution qu'on éprouve dans ses biens, par la faute ou par le fait d'autrui.

328. Mais il faut que le dommage soit réel. La simple incommodité ou même le préjudice que pourraient occasionner au voisin les actes légitimes de propriété que je suis en droit de faire sur mon fonds, ne sont pas un motif suffisant pour gêner ma liberté dans l'exercice de ces actes et pour lui donner le droit de s'en plaindre, pourvu qu'ils ne soient pas dictés par l'envie de nuire à autrui sans aucune utilité pour moi : *Non debet habere actionem, si non animo nocendi vicino, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.* Leg. 1, § 12, *ff. de Aquâ*, 39, 3.

Or, l'envie de nuire, qui caractérise le dol, ne se présume pas dans celui qui ne fait qu'user de son droit : *Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur.* Leg. 65, *ff. de R. J.*

Par exemple, en creusant un puits pour mon utilité, si je détourne la source qui alimentait celui de mon voisin, il n'est pas en droit de s'en plaindre (3).

329. Mais si les fouilles que j'ai faites dans mon terrain occasionnent la chute du mur ou de la maison voisine, ou la menacent d'une chute prochaine, je dois réparer les suites de mon imprudence, si je n'ai pas eu l'attention de conserver une distance suffisante pour prévenir le dommage : *Si tam altè fodiam in meo ut paries tuus*

(1) Leg. 61, *ff. de R. J.* Pothier, *Appendice au contrat de société*, no 235. — (2) Leg. 8, *ff. de Damno infecto.* Puffendorf, *Devoirs de l'homme et du citoyen*, liv. 1, chap. 6, § 5. — (3) Domat, 1re part., liv. 2, tit. 8, sect. 3, no 9 et les lois qu'il cite.

*stare non possit, damni infecti stipulatio committitur.* Leg. 24, § 12, *ff. Damno inf.*, 39, 2 (*a*).

Ainsi encore, si j'adosse imprudemment un four ou une cheminée contre le mur de mon voisin, ou même contre un mur mitoyen, et que l'ardeur du feu détruise ou détériore le mur, je suis tenu de réparer le dommage occasionné par mon imprudence (1).

330. Ainsi, la loi modifie le droit de jouir, en assujettissant les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention (651).

Ces obligations dérivent du principe que chacun doit répondre du dommage qu'il a causé à autrui, non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence (1383) (*b*).

Lorsque le dommage est consommé, il ne reste plus qu'à examiner s'il est l'effet de l'imprudence du voisin, ou s'il n'a fait qu'user de son droit, de manière qu'il n'y ait rien à lui reprocher. La question est portée devant les tribunaux.

331. Si le dommage n'existe pas encore, s'il y a seulement de justes motifs de l'appréhender, les règlemens doivent indiquer les moyens de le prévenir.

C'est de ces principes que dérivent plusieurs dispositions du Code :

1° Celle de l'art. 674, qui règle la distance et les ouvrages in-

---

(*a*) Dans un article inséré dans la *Revue étrangère et française*, année 1813, p. 425 et suiv., j'ai soutenu que le droit de propriété autorise à user des choses, sur lesquelles il existe, de la manière la plus absolue, dût-il en résulter quelque dommage pour autrui; que ce droit n'a d'autres limites que l'obligation expressément établie par l'art. 544 du Code civil de ne pas faire des choses un usage prohibé par les lois ou par les règlemens, et cette autre obligation d'agir non-seulement sans intention de nuire, mais encore avec prudence et modération, c'est-à-dire en préférant aux moyens qui sont nuisibles ceux qui ne le sont pas, ou qui le sont moins. La jurisprudence semblait au contraire pencher vers ce système, que dès qu'il y a dommage causé à autrui par l'usage d'une chose, il y a abus du droit de propriété. C'est ce qu'a notamment jugé la Cour de Paris, le 16 mars 1841. Consulté sur le pourvoi, j'ai développé dans une consultation la doctrine que je viens d'énoncer; et sur la plaidoirie de M. Verdière, avocat à la Cour de cassation, il y a eu arrêt d'admission, conclusions conformes de M. Delangle, avocat général; puis cassation par arrêt du 27 novembre 1811; Dalloz, 45, 1, 13. Mais il faut avouer que le principe que j'ai voulu établir n'est adopté par l'arrêt qu'avec une certaine réserve. C'est la transition. — (1 Leg. 27, § 10, *ff. Ad Leg. aquil.*, 9, 2. — (*b*) Les obligations dont parle l'art. 651 existent indépendamment de tout dommage causé par l'un des propriétaires voisins. Ce sont de sages tempéramens que la loi, par des considérations d'intérêt public ou même d'intérêt privé a apportés au droit de propriété, c'est-à-dire au droit que chacun a de jouir et de disposer de sa chose, de la manière la plus absolue. La plupart des obligations dont le Code s'occupe ont un caractère purement préventif : le motif qui les a fait établir est celui-ci : qu'il vaut mieux prévenir un dommage que d'avoir à le réparer. » *V.* au surplus les nos suivans et surtout la note du no 185 ci-après.

termédiaires requis pour certaines constructions. Il porte : « Celui « qui fait creuser un puits ou une fosse d'aisance, près d'un mur « mitoyen ou non ;

« Celui qui veut y construire cheminée ou âtre, forge, four ou « fourneau ;

« Y adosser une étable, ou établir contre ce mur un magasin de « sel ou amas de matières corrosives ;

« Est obligé à laisser la distance prescrite par les règlemens et « usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits « par ces mêmes règlemens ou usages, pour éviter de nuire au voi- « sin. »

Il faut recourir aux règlemens locaux et particuliers que cet article laisse subsister. On peut voir la Coutume de Paris, art. 188 et suivans, avec les commentateurs, et surtout Desgodets et Goupy; la Coutume d'Orléans et ses commentateurs ; et Pothier, *Appendice au contrat de société*, n^os^ 211 et suivans ; l'Usement de Rennes, art. 10; celui de Nantes, art. 14, 20, 21 et 24, etc., etc.

332. Il faut observer que, malgré les ouvrages intermédiaires et l'observation des distances requises par les règlemens, le voisin qui a fait faire les fouilles ou les constructions nuisibles, n'en reste pas moins chargé des événemens et des dommages que ces fouilles ou ces constructions pourraient occasionner à l'autre voisin (1).

333. Le droit de jouir est encore modifié par la disposition de l'art. 640, qui défend au propriétaire du fonds inférieur d'élever des digues pour empêcher l'écoulement naturel des eaux sur son terrain, et les faire refluer sur les fonds voisins, et au propriétaire du fonds supérieur de rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur. Nous avons déjà parlé de cet article, et nous en reparlerons en expliquant les servitudes légales.

Par les dispositions des art. 671 et 672, qui défendent de planter des arbres autrement qu'à une certaine distance du fonds voisin ;

Par celles des art. 676 et suivans, relatifs aux vues sur l'héritage voisin ; de l'art. 681, relatif aux égouts des toits, etc. Nous en parlerons en expliquant les servitudes légales.

334. Les lois défendent encore de rien faire sur son héritage, d'où il puisse parvenir sur l'héritage voisin quelque chose qui lui soit incommode ou nuisible, par exemple, une fumée épaisse, telle que celle d'un four, d'un fourneau, d'une forge ou du tuyau d'un poêle qui

(1) *V.* Goupy, sur Desgodets, art. 191 de la *Coutume de Paris*, page 118, 119 et 126; Pothier, *Appendice au contrat de société*, no 211, page 207 et 208.

serait dirigé vers les fenêtres du voisin : *In suo hactenùs facere licet quatenùs nihil in alienum immittat* (1).

335. On peut encore fonder sur ce principe l'indemnité qu'ont le droit de réclamer les propriétaires des terres voisines d'une garenne, lorsque leurs récoltes ont été dévastées par les lapins, indépendamment du droit qu'ils ont de les tuer sur leurs terres. Sous l'ancienne jurisprudence, cette indemnité pouvait être réclamée même contre le domaine. Un arrêt du Conseil, du 21 janvier 1776 (2), chargeait les intendans de faire vérifier et estimer les dommages. Les habitans des communes et villages pouvaient; par l'organe de leurs syndics, demander la destruction de ces animaux dans les forêts du roi. Un arrêt de la Cour de cassation (3), du 31 janvier 1810, a décidé que, suivant l'art. 1383 du Code civil, les propriétaires de forêts particulières pouvaient être responsables du dommage causé par les lapins, faute d'avoir négligé de les détruire ou d'avoir permis aux voisins de le faire (4).

336. S'il est défendu de rien faire sur mon héritage, ou d'en rien envoyer qui puisse nuire au voisin, il ne l'est pas de le priver d'une commodité que lui procurait mon héritage. Par exemple, je puis, en élevant un bâtiment sur mon terrain, priver le voisin du jour et du prospect qu'il en retirait auparavant ; *Cum eo qui tollendo obscurat vicini ædes quibus non serviat, nulla competit actio.* Leg. 9, *ff. de Servit. urb. præd.*

337. Nous traiterons, dans les titres suivans, des servitudes, tant personnelles que réelles, qui sont des modifications de la propriété. Le troisième livre entier s'occupe des moyens de l'acquérir ou de la conserver; mais, quoique presque tous les moyens d'acquérir la propriété soient aussi des moyens de la perdre, nous croyons devoir, dans un chapitre particulier, donner quelques principes généraux sur la manière dont se perd la propriété, en renvoyant au troisième livre les moyens de l'acquérir.

---

(1) Leg. 8, § 5, *ff. Si servitus vindic.*, 8. 5. C'est le siége de la matière. Art. 175 de la *Coutume de Bretagne*, et 186 de l'ancienne, et *ibi* d'Argentré; Domat, liv. 1, tit. 12, sect. 2, nos 8 et suiv. — [ *V.* la note sur le n° 329. ] — (2) *V.* cet arrêt dans le *Nouveau Répertoire*, v° Lapins. — (3) Sirey, an 1810, page 110. — (4) Sur les dommages causés par les lapins, *V.* ce que nous avons dit tome 11, nos 304 et suiv.

## CHAPITRE V.

### *Comment se perd la propriété.*

SOMMAIRE.

338. Les biens sont les garans des fautes et des engagemens du propriétaire
339. Division du chapitre

338. Personne ne peut être dépouillé de sa propriété sans son fait et contre sa volonté : *Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.* Leg. 11, *ff. de R. J.*

C'est un principe sacré, considéré avec raison comme l'un des plus solides fondemens de la société.

Mais les biens sont, entre les mains du propriétaire, les garans des fautes qu'il commet et des engagemens qu'il contracte : il peut donc être dépouillé de sa propriété, pour réparer ses fautes ou pour remplir ses engagemens. Il en est alors dépouillé, sinon par son fait immédiat, du moins par suite de son fait.

339. La loi qui créa la propriété peut aussi en dépouiller le propriétaire, lorsque les besoins de la société l'exigent, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. C'est le cas des aliénations forcées pour cause d'utilité publique, que nous avons examinées dans le chapitre précédent.

La propriété peut encore se perdre par l'invasion des ennemis ou par un autre accident de force majeure.

Enfin, en certains cas, la perte de la possession entraîne celle de la propriété.

Ainsi, la propriété se perd,

1° Par le fait immédiat du propriétaire;

2° Par suite de son fait;

3° Par la disposition de la loi;

4° Par l'invasion des ennemis, ou par autre accident de force majeure;

5° Par la perte de la possession.

---

## SECTION PREMIÈRE.

### *De la perte de la propriété par le fait immédiat du propriétaire.*

SOMMAIRE

340. Les moyens d'acquérir la propriété par l'effet des conventions sont aussi des moyens de la perdre.
341. De l'abdication.
342. Il y en a de deux espèces.
343. De l'abdication pour se libérer des charges imposées à la chose.
344. Trois espèces d'obligations : purement personnelles, personnelles et réelles, purement réelles

345. De l'obligation purement personnelle.
346. De l'obligation personnelle et réelle.
347. De l'obligation purement réelle.
348. On peut toujours se dégager d'une obligation purement réelle par l'abdication de la chose obligée.
349. L'obligation est toujours réelle dans les servitudes; conséquence de ce principe.
350. L'obligation aux droits féodaux était réelle,
351. Ainsi que l'obligation aux rentes foncières, dont on se libérait par l'abdication ou le déguerpissement.
352. Changement opéré dans la nature de ces rentes; on ne s'en libère plus que par le rachat.
353. Mais on peut encore se libérer par le déguerpissement de celles qui sont antérieures au Code.
354. La cession des biens n'est pas un moyen de perdre la propriété;
355. Non plus que le délaissement par hypothèque
356. Le déguerpissement contient l'abdication pure; il y a lieu au repentir jusqu'à ce qu'il soit accepté.
357. De l'abandon du fonds pour être libéré de l'obligation de faire les ouvrages nécessaires à l'usage d'une servitude.
358. Le déguerpissement ne nuit point aux droits des tiers.

340. Le lien de la propriété attache les biens à l'homme, mais il n'attache pas l'homme aux biens. Il peut disposer des choses qui lui appartiennent de la manière la plus absolue; il peut transférer son droit à un autre : c'est proprement ce qu'on appelle *aliéner*, et en l'aliénant il perd son droit. Ainsi, tous les moyens d'acquérir la propriété par l'effet des conventions, sont aussi des moyens de la perdre; car l'un ne peut acquérir sans que l'autre ne perde. Nous examinerons dans le troisième livre les moyens d'acquérir la propriété.

341. Mais il n'est pas nécessaire, pour la perdre, de transférer son droit à un autre ; il suffit d'abandonner la possession de la chose dont on veut abdiquer la propriété.

*Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit..., quia iisdem modis res desinunt esse nostræ quibus acquiruntur* (1).

C'est un retour au droit primitif, suivant lequel la propriété s'acquérait par la possession et se perdait avec elle.

Dans le droit civil, il ne suffit plus de perdre la possession pour perdre la propriété; il faut que l'abandon de la possession soit fait à dessein d'abdiquer la propriété. Ainsi ceux qui, dans une tempête, sont, pour alléger le vaisseau, obligés de laisser jeter à la mer leurs marchandises, n'en perdent pas la propriété, parce qu'ils n'ont eu d'autre dessein que de sauver le vaisseau. Ils conservent donc leur droit; et si ces marchandises sont retirées de la mer ou jetées sur le rivage, ils peuvent les revendiquer (2).

(1) Leg. 1. *ff. pro derelicto*, 41, 7. — (2) Leg. 9, § 8, *de Acquir. rer. domin.*; 41, 1, et l'art. 429 du Code de commerce.

Quelques anciens jurisconsultes avaient pensé que, nonobstant l'abandon de la possession fait à dessein d'abdiquer la propriété, le propriétaire conservait toujours le droit de propriété jusqu'à ce qu'un autre s'en fût mis en possession.

Leur opinion a été rejetée, et avec raison. Le propriétaire perd son droit aussitôt qu'il a abandonné la possession, dans le dessein d'abdiquer la propriété.

Mais cette propriété n'est point acquise à une autre personne avant qu'elle ait pris possession de la chose (1).

C'est pourquoi, si le propriétaire se repent, il peut reprendre la chose avant qu'un autre s'en soit mis en possession; et en la reprenant, il acquiert de nouveau la propriété.

Posons donc en principe que l'abdication est un moyen de perdre la propriété, et que toute personne jouissant de ses droits peut abdiquer son droit de propriété.

C'est sur ce principe qu'est fondée la faculté d'abdiquer la mitoyenneté, pour se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions du mur mitoyen (656);

D'abandonner le fonds assujetti, pour se libérer de l'obligation de faire les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation d'une servitude, lors même qu'on en est chargé par le titre (699).

Enfin, c'est sur ce principe qu'est fondé le délaissement par hypothèque (*a*).

342. Il y a deux sortes d'abdications: l'une a pour objet unique de se dépouiller de la propriété des choses, sans tirer aucun avantage réel de cet abandon.

Cette première espèce est rare; elle ne peut avoir pour motif que le caprice ou l'ostentation. Nous en avons des exemples dans les choses que les empereurs, les hommes riches ou puissans faisaient jeter à Rome, dans les rues ou dans les places publiques, pour capter la faveur du peuple (2);

Exemple qu'on a vu se renouveler en France dans des fêtes publiques.

---

(1) Leg. 2, § 1, *ff. pro derelicto*, 41, 7; Pothier, *de la Propriété*, nº 207. — (*a*) Remarquons toutefois que le délaissement par hypothèque n'est point une aliénation; que celui qui l'a fait conserve la propriété jusqu'à la vente de l'héritage par les créanciers hypothécaires; et qu'enfin si le prix d'adjudication excède le montant des créances hypothécaires, il profite de cet excédant. *V.* nº 355 ci-après, et l'art. 2177, C. civ. *V.* aussi Loyseau *Traité des déguerpissemens*, ch. 1, nº 3. — (2) C'est ce qu'on appelle *missilia*. *V.* le § 45, *instit. de rer. divis.*, et *ibi* Vinnius, avec la note d Heineccius. *V.* aussi la *Dissertation* de Wesenfeld, *de spartione missilium*.

343. L'autre espèce d'abdication a pour objet de se libérer des charges et obligations imposées sur la chose abandonnée.

344. Car il faut remarquer qu'il y a des obligations qui ne lient que les personnes ; d'autres qui ne lient et n'obligent que la chose, ou le détenteur de la chose (1) ;

D'autres qui lient en même temps les personnes et les choses.

Ainsi, il y a trois espèces d'obligations : les unes purement personnelles, d'autres purement réelles, et d'autres enfin personnelles et réelles en même temps (*a*).

345. L'obligation est purement personnelle (2), dans le cas d'un billet par lequel je m'oblige de vous payer une somme de 1,000 fr. Ma personne seule est obligée, et si mes biens répondent de l'accomplissement de ma promesse, c'est seulement tandis qu'ils sont en ma possession : ils ne sont obligés qu'à cause de moi. Si je les transfère à un tiers, ils sont libres entre ses mains. Je n'ai point eu la volonté de vous les obliger, ni de me priver de la faculté de les aliéner.

346. L'obligation est personnelle et réelle en même tempe, si, en m'obligeant de vous payer une somme, j'ai affecté mes immeubles à la sûreté de ce paiement. Il y a alors deux obligations distinctes, celle de ma personne et celle de mes biens. En abandonnant mes immeubles, je ne dégage ni eux ni ma personne. Si c'est à vous que j'en fais l'abandon, je ne libère que ma personne jusqu'à la concurrence de leur valeur ; je reste obligé pour le surplus (*b*).

347. Si les immeubles que je vous ai hypothéqués sont passés dans les mains d'un tiers, à titre particulier, ils vous demeurent obligés quoique sa personne ne le soit pas : l'obligation est donc alors purement réelle. Cependant, quoique sa personne ne soit pas obligée,

---

(1) *V.* Loyseau, *de la Distinction des rentes*, liv. 1, chap. 3. — (*a*) Les expressions *obligations réelles, obligations personnelles et réelles* ne sont plus usitées aujourd'hui. Elles ne se trouvent d'ailleurs ni dans Loyseau, ni dans Pothier. Loyseau dit seulement : que l'hypothèque est une obligation accessoire ou subsidiaire de la chose, pour confirmer et assurer la promesse et obligation de la personne qui est débitrice (*V. Traité du déguerpissement*, ch. 3, n° 11). Le Code, dans la définition qu'il donne de l'hypothèque (art. 2114) a employé l'expression *droit réel* et non le mot *obligation* : ce mot en effet ne s'applique dans son acception exacte qu'à l'obligation personnelle. Celles dont parlent les art. 651 et 652 sont plutôt, ainsi que je l'ai déjà dit, des restrictions du droit de propriété que des obligations véritables. — (2) L'obligation est purement personnelle dans un autre sens, lorsque j'ai voulu qu'elle ne passât pas à mes héritiers ; par exemple, si j'ai promis de vous payer annuellement une somme pendant que je vivrai. Il y a des obligations qui passent aux héritiers, d'autres qui n'y passent pas, et qui sont personnelles à celui qui les contracte ; c'est la différence du pacte personnel et du pacte réel. Nous en parlerons en expliquant l'art. 1122. — (*b*) L'auteur fait allusion à la cession de biens. *V.* ci-après, no 354.

il est assujetti au paiement, tant que l'immeuble obligé reste en sa possession ; mais comme il n'est obligé qu'à cause de cette possession, il est libéré en l'abdiquant, parce que ce n'est pas sa personne qui devait, mais l'immeuble ; *Non homo debet, sed res* (1).

Dans les obligations purement personnelles, les choses ne sont obligées qu'à cause de la personne du possesseur.

348. Dans les obligations purement réelles, la personne n'est obligée qu'à cause des biens qu'elle possède.

C'est donc un principe général que toutes les fois que l'obligation est purement réelle, la personne peut se dégager par l'abdication de la chose obligée. C'est une des manières d'éteindre les obligations, omise dans l'art. 1234, et ce n'est pas la seule.

Il est donc important de savoir quand une obligation est purement réelle. Nous en avons donné un exemple dans le cas du tiers possesseur d'un bien hypothéqué.

349. L'obligation est toujours purement réelle dans le cas des servitudes. C'est la chose, et non la personne qui doit la servitude : *Prædium, non persona servit.*

C'est parce que le fonds seul doit la servitude, que le propriétaire du fonds servant n'est obligé à rien faire pour faciliter ou conserver l'usage de la servitude ; il est seulement obligé de souffrir, principe tellement général que, dans le cas même où il serait obligé, par le titre qui constitue la servitude, à faire les ouvrages nécessaires pour en user ou pour la conserver, cette obligation ne serait censée que purement réelle ou imposée qu'à la chose, en sorte qu'il n'en conserverait pas moins le droit de se libérer de cette obligation par l'abdication du fonds (699).

350. Dans l'ancienne législation, l'obligation à la prestation de tous les devoirs féodaux était purement réelle. Le vassal n'y était obligé que pendant qu'il possédait le fief servant. Il pouvait s'en libérer par l'abdication ou l'abandon du fonds, que l'on appelait *exponse* ou *déguerpissement* (2).

351. L'obligation à la prestation des rentes foncières, c'est-à-dire des rentes créées pour prix du transport d'un héritage, était aussi regardée comme purement réelle. La rente était un droit réel

---

(1) Leg. 6, § 2, *Si servit. vind.*, 8, 5. — (2) *V.* l'art. 109 de la *Coutume de Paris*. « Si aucun a pris un héritage à cens ou rente à certain prix par chacun an, « il peut y renoncer en jugement, partie présente ou appelée, en payant « tous les arrérages du passé.....; jaçois que par lettres il eût promis payer « ladite rente, et obligé tous ses biens, *et s'entend telle promesse*, tant qu'il est « propriétaire, etc. » *V.* aussi la *Coutume d'Orléans*, art. 402; *celle de Poitou*, art. 57 et 58, etc.; Pothier, *du Bail à rente*, n° 123.

retenu sur l'héritage, et le preneur était censé ne contracter l'obligation de la payer qu'autant qu'il le posséderait (1). Il pouvait donc se libérer de cette obligation par l'abdication ou par l'abandon du fonds.

352. Mais aujourd'hui la nature de ces rentes est totalement changée. Dans l'ancienne jurisprudence, elles étaient des droits réels, des délibations de la propriété; et comme personne ne peut être forcé de vendre son bien, il était de leur essence de n'être pas rachetables (2); tellement que si la faculté de les racheter était stipulée dans le contrat de bail à rente, cette faculté se prescrivait par trente ans (3).

Mais le Code les déclare meubles et essentiellement rachetables, sans qu'on puisse stipuler le contraire (art. 529 et 530). Il en résulte qu'elles ne sont plus des droits réels, et qu'elles n'affectent plus le fonds que par hypothèque ou privilége. L'obligation de les payer n'est donc plus purement réelle dans la personne du preneur ou de ses héritiers, qui ne peuvent plus se libérer autrement que par le rachat, et non par l'aliénation ou par l'abandon du fonds, à moins que cette libération ne fût stipulée dans le contrat, et qu'il n'y fût exprimé que le preneur ne sera assujetti au paiement de la rente que pendant qu'il possédera l'héritage.

353. Mais à l'égard des rentes foncières créées antérieurement à la promulgation du Code, quoique aujourd'hui meubles et rachetables, le débiteur ou ses héritiers peuvent encore s'en libérer par le déguerpissement ou abandon du fonds, parce que les dispositions du Code ne peuvent avoir d'effet rétroactif.

354. Il ne faut pas confondre avec l'abdication de la propriété, la cession de biens qu'un débiteur fait à ses créanciers, soit en justice, soit par une transaction. Il ne perd pas la propriété des choses comprises dans la cession, jusqu'à ce que, en vertu de l'abandon qui leur est fait, ces choses aient été vendues par les créanciers. Cet abandon n'est autre chose qu'un pouvoir qu'il leur donne de vendre ses biens pour se payer de leurs créances, tant sur les revenus que sur le prix (1269) (4).

---

(1) *V.* les autorités citées dans la note précédente. — (2) *V.* Pothier; *ubi suprà*, no 23. — (3) *V.* Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 3, page 57. — (4) *In qui bonis cessit ante rerum venditionem, utiquè bonis suis non caret.* Leg. 3, *ff. de Cess. bon.*, 42. 3. Il n'y a point, à cet égard, de distinction à faire entre la cession volontaire et la cession judiciaire. *V.* le *Nouveau Denisart*, vo Cession des biens, page 386, et vo Abandonnement, page 5. C'est en cela que le contrat d'abandonnement diffère de *la dation en paiement*. Mais on peut donner en paiement sous le nom de *cession*, et dans ce cas, le cession transfère la propriété.

Il n'est libéré de ses dettes que jusqu'à la concurrence du prix de la vente; il reste débiteur du surplus. Seulement, il ne peut être contraint par corps; au contraire, si ce prix excède le montant de ses dettes, l'excédant lui appartient.

355. Le délaissement par hypothèque (1) ne fait point non plus passer au créancier à qui il est fait la propriété de l'héritage délaissé. Le délaissant conserve la propriété jusqu'à la vente de l'héritage; et si le prix excède les créances hypothéquées, l'excédant doit lui revenir, parce qu'il n'a point fait l'abandon ou délaissement dans le dessein d'abdiquer la propriété purement et simplement, mais uniquement pour se dispenser de payer des sommes auxquelles il n'était pas personnellement obligé.

356. Au contraire, le déguerpissement contient une abdication pure, simple et absolue du droit de propriété, notifiée à celui qui avait transporté l'héritage pour prix d'une rente foncière. Celui qui déguerpit cesse donc d'être propriétaire aussitôt que le déguerpissement a été fait en règle, quoiqu'il ne soit pas accepté; et comme cette abdication entraîne nécessairement la résolution du contrat par lequel le bailleur avait transporté la propriété de l'héritage, il y rentre de plein droit, sans que sa rentrée en possession donne lieu à aucuns droits (2).

Néanmoins, comme le déguerpissement ne transfère point par lui-même la propriété, il peut être révoqué jusqu'à l'acceptation (3). C'est ainsi que celui qui a renoncé à une succession peut se repentir et accepter, si un autre héritier n'a point accepté avant lui.

357. L'abandon du fonds fait en vertu de l'article 699, afin d'être dispensé de faire les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, contient aussi une abdication pure et simple de la propriété, et doit suivre les règles du déguerpissement.

358. Mais cette abdication ne peut nuire aux tiers qui auraient des droits de servitude ou d'hypothèque sur le fonds abandonné. Ces droits ne sont point éteints par l'abandon, sauf à celui à qui il est fait de laisser vendre l'héritage par les créanciers, à la charge pour l'acquéreur de faire les ouvrages nécessaires, conformément au titre de création de la servitude; et si les créanciers se refusaient à cette condition, il doit avoir congé de leur demande, parce qu'ils n'ont pas sur l'héritage plus de droits que n'en avait leur débiteur (4).

---

(1) *V.* le *Nouveau Denisart*, vo Délaissement. — (2) Le *Nouveau Denisart*, vo Déguerpissement, page 131, no 4. — (3) Duparc-Poullain, *Principes du droit français*, tome 2, page 110. — [*V.* aussi Pothier, *Traité du contrat de bail à rente*, no 171.] — (4) *V.* Pothier, *Contrat de bail à rente*, no 181, dont les principes ont ici leur application.

## SECTION II.

*De la perte de la propriété par suite du fait du propriétaire et par l'autorité de la justice.*

SOMMAIRE.

359. De l'adjudication et de la mise en possession par l'autorité de justice.
360. Perte de la propriété par suite d'un délit, d'une négligence ou d'une action défendue.
361. De la confiscation spéciale ou générale.
362. De la confiscation spéciale
363. Cas où elle a lieu.
364. De la confiscation générale.
365. Charges dont elle est grevée
366. Cas où elle a lieu.
367. C'est par le jugement qui ordonne la confiscation que la propriété est perdue

359. Les biens sont les garans des engagemens que contracte le propriétaire et des fautes qu'il commet; il peut donc en être dépouillé par l'autorité de la justice, pour le contraindre à remplir ses obligations et à réparer ses fautes. C'est ce qui arrive dans le cas des ventes judiciaires de meubles saisis, et dans le cas des expropriations forcées des immeubles, qu'on peut poursuivre contre un débiteur, soit en vertu d'un titre authentique et exécutoire, soit en vertu d'un jugement.

C'est encore ce qui arrive lorsqu'en exécution d'un jugement qui condamne une personne à donner une chose à une autre, celle-ci est mise en possession par autorité de justice.

Dans les deux premiers cas, la propriété est perdue par le jugement d'adjudication qui la transfère à l'adjudicataire.

Dans le troisième cas, elle est perdue, soit par la mise en possession, soit même auparavant, s'il existait un titre qui la transférât; par exemple, si un immeuble avait été vendu, et que le vendeur refusât de le livrer, la propriété était transférée par le contrat, indépendamment de la tradition, comme nous le verrons dans le troisième livre. Ce n'est qu'à l'égard des choses purement mobilières que la tradition est encore nécessaire pour transférer la propriété (1141) (*a*):

360. La perte de la propriété peut encore arriver par suite d'un

(*a*) La propriété des choses mobilières (lorsqu'il s'agit, bien entendu, de corps certains et déterminés) se transfère comme celle des immeubles indépendamment de la tradition. Les art. 711 et 1138 qui attribuent au titre seul un effet translatif de la propriété, n'établissent aucune distinction de biens. Il y a plus, l'art. 1141, qu'invoque notre auteur, est bien loin de supposer que ce principe n'est pas applicable aux meubles, puisqu'il ne met le second acquéreur d'une chose mobilière à l'abri de la revendication que le premier pourrait former contre lui, *qu'autant que sa possession est de bonne foi.*

crime, d'un délit, d'une contravention, d'une simple négligence, et quelquefois d'une action non défendue.

361. Elle se perd par suite des crimes, des délits ou des contraventions que la loi punit de la confiscation, qui est l'attribution de tous les biens, ou de certains biens d'un condamné, au domaine de l'État, ou à quelque établissement d'utilité publique.

362. La confiscation est spéciale ou générale.

La confiscation spéciale concerne, soit le corps du délit quand la propriété en appartient au condamné, soit les choses produites par le délit, soit celles qui ont servi ou qui ont été destinées à le commettre. C'est une peine commune aux matières criminelles et correctionnelles (1), et même aux matières portées devant les tribunaux de police, qui peuvent, dans les cas déterminés par la loi, prononcer la confiscation, soit des choses saisies en contravention, soit des choses produites par la contravention, soit des matières ou des instrumens qui ont servi ou qui étaient destinés à la commettre (2).

On peut voir dans le Code pénal les cas où la confiscation spéciale doit être prononcée. Voici ceux que nous avons recueillis, sans nous flatter de n'en avoir pas omis.

363. On doit confisquer,

1° Les denrées appartenant au commerce de grains ou de boissons que feraient des commandans, préfets ou sous-préfets, dans les lieux soumis à leur autorité (176);

2° Les choses données pour corrompre un juge ou un fonctionnaire public (180);

3° Les ouvrages imprimés, publiés contre la loi (286);

4° Les planches et exemplaires des imprimés et images contraires aux bonnes mœurs (287);

5° Les stylets, tromblons et autres armes prohibées (314);

6° Tout ce qui aura été donné à un faux témoin, en récompense de son crime (364);

7° Tous les meubles, effets mobiliers et fonds des maisons de jeux de hasard et des loteries clandestines (410);

8° Les marchandises saisies par violation des règlemens relatifs au produit des manufactures françaises (413);

9° Les faux poids et fausses mesures, et les objets sur lesquels le vendeur aurait trompé l'acheteur, s'ils sont encore en la possession du vendeur (423, 424);

10° Les éditions contrefaites, planches, moules ou matrices des objets contrefaits (427);

(1) Code pénal, art. 11. — (2) *Ibid.*, art. 470.

11° Les recettes des théâtres où l'on aura contrevenu aux lois et règlemens relatifs à la propriété des auteurs (428);

364. La confiscation générale peut être prononcée concurremment avec une peine afflictive. C'est l'attribution de tous les biens du condamné au domaine de l'État; elle n'est la suite nécessaire d'aucune condamnation, et ne peut avoir lieu que dans les cas où la loi la prononce expressément (1) (art. 37).

365. La confiscation générale demeure grevée de toutes les dettes légitimes jusqu'à concurrence de la valeur des biens confisqués, de l'obligation de fournir aux enfans ou autres descendans une moitié de la portion dont le père n'aurait pu les priver.

De plus, la confiscation générale demeure grevée de la prestation des alimens à qui il en est dû de droit.

366. La confiscation générale est prononcée,

1° Contre le Français qui a porté les armes contre la France (75);

2° Contre celui qui a pratiqué des machinations ou manœuvres, ou entretenu des intelligences avec les ennemis de la France ou de ses alliés, agissant contre l'ennemi commun (76, 77 et 79);

3° Contre tout préposé ou agent du Gouvernement qui, chargé ou instruit officiellement, ou à raison de son état, du secret d'une négociation, ou chargé du dépôt des plans de fortification, l'aurait livré aux agens d'une puissance étrangère ou de l'ennemi (80, 81);

4° Contre toute autre personne qui les aura livrés, après se les être procurés par corruption, fraude ou violence (82);

5° L'attentat ou le complot contre la vie ou contre la personne du Roi est crime de lèse-majesté; ce crime est puni comme parricide, et emporte de plus la confiscation des biens (86);

6° L'attentat ou le complot contre la vie ou la personne des membres de la famille royale;

L'attentat ou le complot dont le but sera, soit de détruire ou de changer le Gouvernement, ou l'ordre de successibilité au trône,

Soit d'exciter les citoyens ou habitans à s'armer contre l'autorité royale, sont punis de mort et de la confiscation des biens (87);

7° Contre tous fonctionnaires publics, condamnés à mort pour coalition contraire aux lois, contre les autorités civiles ou militaires (125);

8° Contre ceux qui auraient contrefait ou altéré les monnaies d'or ou d'argent, ayant cours légal en France, ou participé à l'émission

(1) Mais aujourd'hui, la confiscation générale est abolie pour toujours. L'art. 66 de la Charte constitutionnelle porte : « La peine de la confiscation des biens est « abolie, et ne pourra être rétablie. » — [Art. 57, charte de 1830.]

ou exposition desdites monnaies contrefaites ou altérées, ou à leur introduction sur le territoire français (132);

9° Contre ceux qui auraient contrefait le sceau de l'État, ou fait usage du sceau contrefait (139);

10° Contre ceux qui auraient contrefait ou falsifié, soit des effets émis par le trésor public, avec son timbre, soit des billets de banque autorisés par la loi, ou qui auraient fait usage de ces effets et billets contrefaits et falsifiés, ou qui les auraient introduits dans l'enceinte du territoire français (159);

11° Enfin, la confiscation générale est aussi prononcée dans les cas prévus par les art. 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97 et 102 du Code pénal, auxquels on peut recourir.

367. Dans tous les cas où la confiscation a lieu, ce n'est que par le jugement qui l'ordonne que la propriété est perdue et le propriétaire dépossédé.

## SECTION III.

*De la perte de la propriété en vertu de la disposition de la loi.*

SOMMAIRE.

368. Transition. Exemples, 1° la mort civile;
369. 2° Révocation des donations par survenance d'enfans;
370. 3° Prescription.

368. Dans tous les cas que nous venons de voir, c'est par l'autorité de la justice que le propriétaire perd sa propriété; c'est le jugement intervenu contre lui qui la transfère à un autre. Mais il y a des cas où la perte de la propriété est encourue de plein droit, par la seule disposition de la loi, qui la transfère immédiatement à une autre personne, sans l'intervention des tribunaux.

Tel est le cas de la mort civile, dont nous avons parlé dans le premier livre, tit. 1, sect. 2, et qu'il ne faut pas confondre avec la confiscation. L'individu frappé de mort civile perd la propriété de tous ses biens, comme il la perd par la confiscation générale; ni l'une ni l'autre ne peuvent avoir lieu que dans le cas où la loi les prononce expressément : c'est tout ce qu'elles ont de commun; en tout le reste, elle diffèrent essentiellement.

La confiscation est une peine ajoutée à une autre peine; elle n'est la suite nécessaire d'aucune condamnation (art. 7 et 37 du Code pénal).

Au contraire, la mort civile n'est point une peine; c'est la suite nécessaire de l'état auquel se trouve réduit un individu condamné à une peine dont l'effet est le retranchement absolu de la société. Ses

biens ne sont point attribués à l'État; mais sa succession est ouverte au profit de ses héritiers légitimes, auxquels ses biens sont dévolus comme s'il était mort naturellement.

369. Tel est encore le cas de la révocation des donations par survenance d'enfans. L'art. 963 veut formellement que les biens compris dans la donation révoquée *rentrent de plein droit dans le patrimoine du donateur*. Ainsi, le donataire perd sa propriété immédiatement, et sans qu'il soit besoin de le faire ordonner par aucun jugement.

370. Tel est enfin le cas de la prescription, où la propriété se perd de plein droit, par suite de la négligence du propriétaire, mais en vertu de la disposition de la loi. Cette matière est traitée dans le dernier titre du Code; c'est un retour au droit naturel, suivant lequel la propriété s'acquérait par la possession et se perdait avec elle. La possession ne suffit plus aujourd'hui, si elle n'est prolongée pendant le temps prescrit, à l'expiration duquel la loi transfère la propriété au possesseur.

## SECTION IV.

*De la perte de la propriété par l'invasion des ennemis.*

SOMMAIRE.

371. La propriété n'est pas perdue, si les choses prises n'ont pas resté vingt-quatre heures aux mains de l'ennemi.

371. Nous perdons la propriété des choses prises en guerre par l'ennemi, tellement que si elles étaient ensuite reprises par un Français, l'ancien propriétaire n'en recouvrerait pas la propriété.

Cependant l'Ordonnance de la marine, au titre des prises, art. 8, exige que les vaisseaux français pris par l'ennemi aient resté au moins vingt-quatre heures en son pouvoir. « Si aucun navire de nos « sujets est repris sur nos ennemis, après qu'il aura demeuré entre « leurs mains vingt-quatre heures, la prise sera bonne;

« Et si elle est faite avant les vingt-quatre heures, il sera restitué « au propriétaire, avec tout ce qui était dedans. »

Ce n'est pas ici le lieu de s'étendre longuement sur les prises; cette matière pourrait faire le sujet d'un traité complet qui nous entraînerait trop loin (1).

(1) *V.*, outre l'*Ordonnance de la marine* et le *Commentaire* de Valin, Pothier *Traité de la propriété*, nos 89 et suiv.; Burlamaqui, *Principes du droit politique*, 4e part., chap. 7, des droits que donne la guerre sur les biens des ennemis;

## SECTION V.

*De la perte de la propriété par la perte de la possession*

SOMMAIRE

372. Animaux sauvages, etc.
373. Animaux apprivoisés.
374. Essaims d'abeilles.

372. Nous avons vu qu'avant l'établissement de la société civile et de la propriété permanente, la propriété s'acquérait par l'occupation, se conservait par la possession et se perdait avec elle. Les lois civiles, au contraire, ont établi en principe que la propriété se conserve indépendamment de la possession.

Néanmoins ce principe souffre exception à l'égard des choses qui sont restées dans l'état de communauté négative, telles que les animaux sauvages. Nous perdons la propriété de ces animaux aussitôt qu'ils ont cessé d'être en notre pouvoir, et qu'ils ont recouvré leur liberté naturelle. *Leg.* 3, § 2; *leg.* 5, *ff. de acquir. rer. domin.*

373. Il en est autrement des animaux sauvages apprivoisés, qui sont dans l'habitude d'aller et de revenir : nous en conservons la propriété tant qu'ils conservent cette habitude; mais s'ils ont disparu assez longtemps pour faire croire qu'ils ont perdu l'habitude de revenir, la propriété en est perdue pour l'ancien propriétaire, et elle est acquise au premier occupant. *Leg.* 6, § 5, *ff. de acquir. rer. dom.*

374. Quant aux essaims d'abeilles, le propriétaire a le droit de les réclamer et de s'en ressaisir, tant qu'il n'a pas cessé de les suivre; autrement l'essaim appartient au propriétaire du terrain sur lequel il s'est fixé.

Mais si, pour exercer ce droit de suite, il commet des dégâts, il est tenu de les payer (1382, 1383) (1).

---

Grotius, Puffendorf, Bynkershoeck, etc. La règle des vingt-quatre heures est observée en Angleterre. *V.* Blackstone, tome 2, page 401, liv. 2, chap. 26.

(1) Loi du 6 octobre 1791, sur *les biens et usages ruraux*, tit. 1, sect. 3, § 5.

# TITRE III.

## DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION, OU DES SERVITUDES PERSONNELLES OU MIXTES.

### NOTIONS PRÉLIMINAIRES SUR LA NATURE DES SERVITUDES.

SOMMAIRE.

375. Transition.
376. Quand les terres sont libres ou en servitude.
377. Définition des servitudes en général.
378. Elles ne consistent qu'à souffrir ou à s'abstenir, et non à faire quelque chose
379. Parce qu'elles sont dues par la chose, et non par l'homme. Conséquences de ce principe.
380. L'obligation de planter des arbres, etc., n'est pas une servitude, mais une obligation.
381. Différences de la servitude et de l'obligation.
382. Division des servitudes en personnelles et réelles.
383. Impropriété de la dénomination de servitudes personnelles, qu'il faut plutôt appeler mixtes.
384. Tentatives de changer la dénomination de servitudes.
385. Il n'y a plus que trois servitudes personnelles auxquelles même on a évité de donner ce nom.
386. Les servitudes sont des choses incorporelles

375. Après avoir expliqué les modifications de la propriété, relativement au droit de disposer, nous examinerons les modifications relatives au droit de jouissance et au droit d'exclusion.

Ces modifications sont appelées en droit des servitudes. Nous commencerons par donner quelques notions préliminaires sur les servitudes en général.

376. La terre est faite pour le service de l'homme; mais la terre et la chose qui m'appartiennent ne doivent de service qu'à moi, j'en puis disposer en maître, et les faire servir à tous les usages licites qui peuvent me procurer de l'utilité ou de l'agrément. Nul autre n'a le même droit sans ma permission.

Les hommes ont porté l'esprit de propriété et d'exclusion à un tel point de jalousie, surtout à l'égard des terres voisines de leur habitation, qu'ils en permettent difficilement aux autres l'usage, même le plus inoffensif.

On peut cependant avoir le droit de faire servir la terre ou la chose d'autrui à certains usages, d'y faire certains actes de propriété, ou d'empêcher le propriétaire de les faire. Ces droits, qui sont, comme nous l'avons vu, des démembremens de la propriété parfaite, ou des droits réels, *jura in re*, sont appelés *des servitudes*, expression métaphorique empruntée de la servitude des per-

sonnes ou de l'esclavage, quoique employée dans un sens différent, mais analogue.

On appelle esclave ou serf, *servus*, celui qui est, contre sa volonté, obligé d'obéir à un maître, de travailler pour lui, de lui rendre des services personnels et perpétuels.

On appelle libre celui qui n'a point de maître, qui n'est obligé d'obéir qu'à la loi ou au magistrat qui commande au nom de la loi, seul maître que l'homme libre doive reconnaître.

On appelle libres (1) les terres ou les édifices qui ne sont assujettis qu'à la loi de la propriété parfaite, qui, conformément à cette loi, ne doivent de services qu'au propriétaire, et dans l'usage desquels il ne peut être gêné ni contraint par une autre personne.

Si un autre que le propriétaire a le droit de faire sur ses terres quelques actes de propriété, ou d'empêcher le propriétaire de les faire, elles sont soumises à un pouvoir autre que la loi de la propriété; elles ne sont plus libres, elles sont en servitude, ou grevées d'un droit de servitude.

377. On peut donc définir les servitudes en général un droit réel, *jus in re*, établi sur la chose d'autrui, et en vertu duquel le propriétaire est obligé de souffrir ou de ne pas faire certains actes, pour l'utilité ou l'agrément d'une personne (2) déterminée ou d'un héritage voisin, ou, pour parler plus exactement, du possesseur de cet héritage.

La servitude est un droit relativement à celui à qui elle est due; c'est une diminution de droit (3), c'est une charge, c'est une servitude proprement dite, relativement au possesseur de la chose ou du terrain qui la doit.

Ainsi, droit et servitude sont deux termes corrélatifs.

La faculté, par exemple, de passer sur l'héritage d'autrui, est un droit actif; l'obligation de souffrir le passage est un devoir, une servitude. Cependant on emploie quelquefois le terme de servitude dans un sens actif.

---

(1) *Ædes liberas.* Leg. 90. *ff. de V. S.* « Le territoire français, dans toute son « étendue, est *libre* comme les personnes qui l'habitent. Ainsi, toute propriété « territoriale ne peut être sujette envers les particuliers qu'aux redevances et « aux charges dont la *convention n'est pas défendue par la loi*, et envers la nation, « qu'aux contributions publiques établies par le corps législatif, et aux sacrifices « que peut exiger le bien général, sous la condition d'une juste et préalable « indemnité » Art. 1, sect. 1, tit. 1, du Code rural du 6 octobre 1790. *V.* Wolf, *Jus nat.*, 5e partie, §§ 1272—1275. — (2) On entend par servitude, dit Garan de Coulon, *Nouveau Repertoire*, vo Servitude, page 17, *l'assujettissement* d'un domaine à un autre domaine, *ou à une autre personne*, etc. — (3) Vinnius, *in Inst*, *lib.* 2, *tit.* 3, *in princ.*, no 2, Noodt, *de Usuf.*

378. La servitude, de la part de celui qui la doit, ne consiste qu'à souffrir que la personne à qui elle est due se serve de la chose, conformément à l'objet de la servitude, ou à s'abstenir soi-même des actes que cette personne a le droit d'empêcher. De la part de celui à qui la servitude est due, elle consiste dans le droit d'user de la chose, ou d'empêcher le propriétaire d'y faire certains actes, mais non pas dans le droit de le contraindre à les faire.

Car la nature des servitudes, dans la personne de celui qui les doit, ne consiste qu'à souffrir faire telle ou telle chose sur sa propriété, ou à s'abstenir de la faire : *Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis.....; sed ut aliquid patiatur aut non faciat* (1).

379. La véritable raison en est que la servitude est due par la chose et non par la personne : *Labeo scribit servitutem non hominem debere, sed rem* (2).

L'obligation est purement réelle (3); elle ne lie que la chose et non la personne, *prædium non persona servit*. De là il résulte qu'il est contre la nature des servitudes de s'éteindre par la mort du propriétaire du fonds servant, mais qu'elles s'éteignent par la destruction de la chose, *interitu rei*.

De là il résulte encore qu'il n'y aucune servitude qui puisse obliger le propriétaire du fonds servant à y faire quelque chose; car un fonds est une chose inanimée qui ne peut être chargée de l'obligation de faire (*a*).

380. Par exemple, on ne peut établir, à titre de servitude, le droit de contraindre le propriétaire d'un héritage voisin à y planter des arbres, des bosquets, à y faire des treillages ornés de peintures, etc., afin de former une perspective plus agréable à la maison voisine (3).

Le propriétaire de cet héritage peut néanmoins s'obliger à faire ces ouvrages ou ces plantations; mais cet engagement ne sera point une servitude ou un droit réel, *jus in re;* ce ne sera qu'une obligation personnelle à celui qui a pris l'engagement, et qui ne liera point le possesseur de l'héritage, s'il vient à changer de main, par la raison qu'il n'existe point et qu'il ne peut exister en ce cas de lien réel entre cet héritage et le propriétaire, ou le possesseur de la maison voisine.

En s'obligeant à faire des établissemens sur son terrain, le pro-

(1) Leg. 15, § 1, *ff. de Servit.*, 8. 1. — (2) Leg. 6, § 2. *in fin.*, *si Servit. vindic.*, 8. 5. — (3) *V.* ci-dessus no 348. — (*a*) Comp. toutefois en droit romain la servitude *oneris ferendi*. L. 33 *ff. de servit. præd. urb.* et L. 6, § 2, *ff. Si servit. vindic. V* Vinnius *Comm. in Institut. Tit. de servit. rust. et urb. præd.* § 1 et no 665 ci-après. — (3) Leg. 15, *ff. de Servit.*, 8. 1.

priétaire n'a donc point constitué un droit réel, *jus in re*. Il n'a contracté qu'une obligation personnelle qui ne produit d'action que contre lui et contre ses héritiers, et qui, faute d'exécution, se résout en dommages et intérêts, comme toutes les obligations de faire (art. 1142 du Code civil).

381. La servitude diffère donc de l'obligation, en ce qu'elle donne à celui à qui elle appartient un droit réel dans l'héritage d'autrui, tandis que l'obligation ne donne un droit que contre la personne obligée (1). Elle en diffère encore en ce qu'elle n'est pas susceptible d'être remboursée, comme les dettes et les rentes, parce que personne ne peut être contraint de vendre sa propriété, en ce qu'elle n'a pas besoin d'inscription hypothécaire pour être conservée, et que le refus d'en souffrir l'usage ne peut se résoudre en dommages et intérêts, comme les obligations de faire ou de ne pas faire. Le propriétaire peut être contraint de souffrir cet usage.

Nous verrons dans la suite que plusieurs dispositions du Code ne sont que des conséquences du principe que les servitudes ne peuvent consister à faire, mais seulement à souffrir ou à ne pas faire (2).

382. Les servitudes sont établies par la loi ou par le fait de l'homme, et comme il est permis d'établir toutes celles dont l'établissement n'est pas défendu par la loi (3), le nombre peut en être indéfini, sans qu'on puisse les indiquer toutes (4). Néanmoins elles se rangent naturellement en deux classes principales, servitudes personnelles et servitudes réelles.

Si le droit de servitude est établi en faveur d'un individu seulement, de manière qu'il soit attaché à sa personne sans passer à ses successeurs, on l'appelle servitude personnelle, c'est-à-dire servitude due à la personne; par exemple, l'usufruit qui est attaché à la personne de l'usufruitier, et qui s'éteint à sa mort.

Le droit alors est purement personnel, puisqu'il ne passe point aux successeurs de la personne; mais la servitude n'en est pas moins purement réelle, puisqu'elle n'est due que par la chose ou par l'héritage, en quelques mains qu'il passe. C'est la chose et non la personne du possesseur qui est obligée.

Si le propriétaire m'avait vendu un droit d'habitation sur sa maison, j'aurais contre lui une action personnelle résultant de la conven-

(1) Cæpolla, chap. 3, n° 8, et d'autres auteurs, établissent cette différence d'une autre manière, suivant le droit romain. Quoi qu'il en soit de leur opinion, la raison doit prévaloir sur les subtilités qu'on peut faire résulter de quelques lois romaines. *V.* Garan de Coulon, *Nouveau Répertoire*, v° Servitude, § 1, n° 4. — (2) Art. 600, 607, 658, 697, 698, 699, etc. — (3) Art. 686 du Code civil; art. 1. sect. 1, tit. 1, de la loi du 6 octobre 1791. — (4) Wolf, *Jus nat.*, 5e part., § 1278

tion, pour l'obliger à me la livrer, et cette action ne diffère en rien de celle qu'a l'acheteur pour forcer le vendeur à lui livrer la chose vendue; mais si la maison est sortie de ses mains pour passer en celles d'un autre, j'ai une action contre ce tiers possesseur, quoiqu'il n'ait contracté envers moi aucun engagement personnel, parce que la maison qu'il possède m'est obligée. J'ai donc contre lui une action réelle, qui dérive de mon droit réel.

Si le droit est établi en faveur d'une chose ou d'un héritage, ou, pour parler plus exactement, en faveur du possesseur actuel de cet héritage, et de ceux qui lui succéderont dans cette possession, la servitude est appelée réelle, c'est-à-dire servitude due à la chose même, parce que le lien est alors réel des deux côtés. La chose est obligée envers la chose; le droit est réel aussi bien que la servitude. Elle est tellement due par la chose à la chose, que, si les deux héritages sont aliénés, l'héritage servant continue d'être assujetti à la servitude envers le nouveau propriétaire de l'héritage dominant, qui n'a plus d'action contre l'ancien propriétaire du fonds servant, quoique cet ancien propriétaire ait constitué la servitude, car il n'a pas eu l'intention d'obliger sa personne, mais seulement son héritage.

383. Quelques auteurs plus exacts ont donné aux servitudes personnelles un nom plus convenable, pour les distinguer de l'esclavage proprement dit, et de toutes celles qui assujettissent une personne à une autre; ils les appellent des servitudes *mixtes*. En effet, la servitude d'un héritage envers une personne tient le milieu entre les servitudes purement personnelles, qui ont lieu de personne à personne, et qui sont un véritable esclavage, et les servitudes purement réelles qui ont lieu d'un fonds à un autre fonds (1). Dans les servitudes mixtes, improprement nommées personnelles, ce n'est point la personne qui est en servitude ou qui doit la servitude; c'est toujours la chose seule.

384. La dénomination de *servitude*, et surtout de *servitude personnelle*, a paru tellement impropre aux rédacteurs du Code, qui se proposaient de donner des lois à un peuple libre, habitant un territoire libre (2), qu'ils se sont d'abord abstenus de qualifier de servitudes personnelles l'usufruit, l'usage et l'habitation, les trois seules de ce genre qui soient conservées par le Code. Quant aux *servitudes* réelles, ils ont essayé de substituer l'expression de *services fonciers*

(1) V. le *Nouveau Répertoire*, vo Servitude, page 20, § 4. — (2) Loi du 6 octobre 1791, sur les usages ruraux. Le territoire français est toujours libre, dans ce sens qu'il n'y a plus de terres féodales, toutes sont allodiales : il n'y a plus aucune prééminence d'une terre sur l'autre (art. 638).

à celle de *servitudes;* mais ils l'ont aussitôt abandonnée pour s'en tenir à l'expression plus juste et plus usitée de *servitudes*.

Les Anglais (1) emploient aussi le mot *services* au lieu de celui de *servitudes*, et ils les divisent, comme les jurisconsultes romains, ou plutôt suivant la nature des choses, en services personnels ou services dus à la personne par la chose, et services réels ou services dus à la chose par la chose.

Ces expressions peuvent convenir à la langue anglaise, dont le génie diffère de la nôtre en tant de points; mais elles seraient équivoques et peu intelligibles en français.

Quant à celle de services fonciers, si elle signifie des services dus par le fonds, elle convient également à l'usufruit, à l'usage et à l'habitation, qui sont aussi des services dus par le fonds; et les rédacteurs du Code (2) ont abandonné cette expression pour en revenir à celle de *servitude*, universellement reçue, et qui n'a d'autre rapport que le nom avec l'*esclavage* ou la servitude des personnes.

Au reste, en s'abstenant de qualifier l'usufruit de servitude personnelle, il ne faut pas croire que le législateur ait eu l'intention d'en changer la nature.

Nous continuerons donc, suivant l'ancienne doctrine, fondée sur la nature des choses et reçue dans toute l'Europe, à diviser les servitudes en personnelles ou mixtes, et en servitudes réelles.

385. Il n'y a plus aujourd'hui que trois servitudes personnelles, l'usufruit, l'usage et l'habitation. Il pouvait autrefois en exister beaucoup d'autres; tout dépendait de la volonté du propriétaire qui les établissait. La plupart des servitudes réelles pouvaient n'être que personnelles (3), si le droit n'était établi qu'en faveur d'un individu ou d'une personne particulière, sans passer à ses successeurs.

Il semble même que toutes les servitudes commencèrent par être personnelles (4). Ce ne put être qu'après de grands progrès dans la civilisation, après que les idées sur la propriété se furent étendues et perfectionnées, qu'on imagina de rendre les servitudes réelles, c'est-à-dire d'établir un lien civil ou moral entre l'homme et la chose, et

(1) *V.* Hallifax, *Analysis of the roman civil law*, book 1, chap. 3, page 36; Wood, *Institutes of civil law*, book 2, chap. 2, etc. — (2) Ils ne s'en sont servis que dans l'art. 518, et dans la rubrique du tit. 4; encore, dans ce dernier endroit, ils la font précéder de celle de servitudes, *des servitudes* ou *services fonciers*. — (3) *V.* Maleville, tome 2, page 99; Dunod, *des Prescriptions*, page 286; le *Nouveau Répertoire*, vo Servitude, page 21, no 41; Davesan, *de Servitutibus*, cap. 14; Janus à Costa, *in tit. ff. de servitutibus*, Vinnius, *in Instit.*, lib. 2, tit. 3 et 4; *leg.* 14, § *ult.*, *ff. de Alim vel. cib. leg.*; Blackstone, book 2, chap. 3, tome 2, page 35 et 36. — (4) *V.* Brodeau, sur Louet, tome 2, page 486; Lalaure, page 16, et *ibi* Laudatos.

même entre une chose et une autre chose. On en vint au point où nous sommes aujourd'hui, de considérer les servitudes comme on a considéré la propriété elle-même, comme des qualités civiles ou morales de l'héritage dominant et de l'héritage servant; des qualités aussi inhérentes à l'héritage que la fertilité, la salubrité, l'étendue, etc. C'est ainsi que les ont considérées nos maîtres en jurisprudence, les jurisconsultes romains, dans les écrits desquels nous avons pris nos idées et nos règles sur les servitudes.

Mais la faculté de rendre toutes les servitudes personnelles avait fait naître des difficultés presque inextricables, pour distinguer les conventions qui établissent une servitude réelle, de celles qui n'établissaient qu'une servitude personnelle ou un droit personnel à l'un des contractans. Le Code a tranché ces difficultés, en ne permettant plus de stipuler de servitudes personnelles. L'art. 686 veut expressément que les services établis ne soient imposés ni à la personne, *ni en faveur de la personne*, mais seulement à un fonds *et pour un fonds*.

Ainsi, le Code ne connaît plus que des servitudes réelles; les servitudes personnelles sont proscrites, à l'exception de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation, auxquelles même, sans en changer néanmoins la nature, il a évité de donner le nom de servitudes.

386. Les servitudes étant considérées comme des qualités de l'héritage auquel elles sont attachées, sont des choses incorporelles qui ne peuvent subsister d'elles-mêmes, et qui supposent l'existence du fonds auquel elles sont attachées : *Etiamsi corporalibus accedant, incorporales tamen sunt.* Leg. 14, *ff. de servit.*, 8. 1. Elles suivent l'héritage servant ou dominant, quand même elles seraient non apparentes (1638); car l'héritage ne peut être transmis qu'avec ses qualités bonnes ou mauvaises.

## CHAPITRE PREMIER.

### *De l'usufruit* (1).

Nous diviserons ce que nous avons à dire sur l'usufruit en six sections : 1° Qu'est-ce que l'usufruit? Quelle en est la nature? 2° Comment et sur quels biens peut-il être établi? 3° Quels sont les droits de l'usufruitier? 4° Quelles sont ses obligations? 5° Quelles sont celles du propriétaire? 6° Comment finit l'usufruit?

(1) V. le savant Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie, par M. Proudhon.

## SECTION PREMIÈRE.

*Définition et nature de l'usufruit.*

SOMMAIRE.

387. Définition donnée par le Code.
388. Comparaison de l'usufruitier et du fermier
389. L'usufruit est un démembrement de la propriété; conséquences; faculté d'abuser,
390. Qui est refusée au fermier, et pourquoi?

Le Code définit l'usufruit « le droit de jouir des choses dont un « autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la « charge d'en conserver la substance (578) » (*a*).

387. Cette définition, empruntée du jurisconsulte Paul (1), ne fait point suffisamment connaître la nature de l'usufruit, comme l'a fort bien remarqué un des plus célèbres interprètes du droit romain. Le fermier a le droit de jouir des biens d'autrui pendant toute la durée de son bail; durée qui peut être fort longue, puisqu'elle dépend uniquement de la convention. Il a le droit d'en jouir comme le propriétaire, mais à la charge d'en conserver la substance : cependant il n'est pas usufruitier. Cherchons donc la différence caractéristique du droit de l'usufruitier et de celui du fermier.

388. L'usufruit est le plus ordinairement établi pour la vie de l'usufruitier, tandis que le bail à ferme est limité à un certain nombre d'années; mais l'usufruit peut aussi être établi pour un temps limité (2).

Le fermier paie, chaque année, un prix convenu pour sa jouissance; mais l'usufruit pouvant être établi à titre onéreux, rien n'empêche de stipuler que l'usufruitier paiera annuellement un prix pour sa jouissance, comme rien n'empêche que le fermier ne paie, au commencement de son bail, le prix de toutes ses années de jouissance. Ce n'est donc point encore ici la différence caractéristique que nous cherchons.

L'usufruit est un droit réel, *jus in re*, qui suit la chose, en quelques mains qu'elle passe.

Le bail a ferme ne donnait autrefois qu'un droit personnel, *jus ad*

---

(*a*) Quelques docteurs considèrent l'usufruit sous un double point de vue : selon qu'il est attaché à la propriété ou qu'il s'en trouve séparé, ils appellent usufruit causal celui qui est exercé par le propriétaire, *quia causæ suæ id est dominis junctus est*, et usufruit formel celui qui est exercé par l'usufruitier, *quia propriam formam habet*. C'est uniquement de ce dernier que s'occupe le Code. — (1) Leg. 1, *ff. de Usuf.*, 7. 1; Hotman., *Quæst. illust.*, *quæst.* 24, tome 1, oper., fol. 918 et seq. — (2) L'usufruit peut être établi ou purement, ou à certain jour, ou à condition (art 580), ou pour un certain temps (Art. 617). Leg. 5, *de usu et usuf. leg.*, 33. 2.

*rem*, qui ne pouvait s'exercer que contre la personne du locataire ou bailleur.

Le bail était sans force à l'égard des tiers; en sorte que, si l'héritage changeait de main, le nouveau possesseur à titre singulier n'était point obligé d'entretenir le bail, suivant la maxime *successor particularis non tenetur stare colono*. Il ne restait au fermier qu'une action en dommages et intérêts contre le bailleur.

Suivant le Code civil, il n'en est plus ainsi. Les baux authentiques ont acquis un caractère de réalité qu'ils n'avaient pas autrefois, puisqu'ils ne sont point résolus par le changement de propriétaire, même à titre singulier. Le droit du fermier, une fois légalement établi et authentiquement prouvé, suit l'héritage en quelques mains qu'il passe, quand même l'aliénation serait faite par une vente judiciaire (1).

En cela, notre nouvelle législation est plus raisonnable que l'ancienne, plus conforme au principe que personne ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même. Le propriétaire d'un héritage affermé peut transférer de suite le droit de propriété qui lui appartient; mais il ne peut transférer le droit de jouissance qu'il avait aliéné pour un certain nombre d'années.

Aujourd'hui le fermier, comme l'usufruitier, peut exercer son droit contre tout possesseur de l'héritage, quel qu'il soit : c'est un des caractères du droit réel, *jus in re*.

Néanmoins, le droit du fermier n'est point un droit réel (2), et en cela il diffère essentiellement du droit de l'usufruitier.

389. L'usufruit est un démembrement de la propriété; *ususfructus in multis casibus pars dominii est* (3). Comme dans la propriété, le lien existe entre la personne de l'usufruitier et l'héritage servant, et non pas entre l'usufruitier et le propriétaire de cet héritage; mais il est tellement attaché à la personne de l'usufruitier, qu'il ne passe point à ses successeurs; en sorte qu'il est irrévocablement rompu par sa mort, quand même elle arriverait avant l'expiration du temps fixé (4) pour la durée de l'usufruit, à moins qu'il n'y eût une stipulation contraire, stipulation qui changerait la nature de l'usufruit.

Le lien est attaché, de l'autre côté, à la chose même, indépendamment de la personne du propriétaire; en sorte que l'usufruitier,

---

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 7 messidor an XII, Sirey, *Décisions diverses*, an XII, page 469. — (2) Pothier, *Traité des choses*, *ad calcem* du *Traité des donations*, pages 221, 222, 223. — (3) Leg. 4, *ff. de Usuf.*, 7, 1. — (4) C'est un principe établi sur le texte formel de la loi 12. *Cod. de Usuf.* V. le *Nouveau Répertoire*, vo Usufruit, page 270. La jurisprudence des arrêts était conforme; Ricard, *des Donations*, 3e part., no 529, cite un arrêt des Grands Jours de Lyon; Catellan, liv 2, chap. 50, cite un autre arrêt du Parlement de Toulouse

qui veut se soustraire aux charges de l'usufruit, est libre d'abdiquer son droit (1), comme on peut abdiquer sa propriété; et au moyen de cette abdication, il est dégagé des charges pour l'avenir : il n'en est tenu que pour le passé, pour la jouissance antérieure à l'abdication, et pour les détériorations que lui, ou les personnes dont il répond, pourraient avoir causées.

Ainsi, deux choses à remarquer dans l'usufruit.

C'est un droit personnel, si on le considère dans son rapport avec l'usufruitier, à la personne duquel il est attaché, à la mort de laquelle il s'éteint sans passer à ses successeurs.

C'est un droit réel relativement à l'héritage par lequel il est dû, en quelques mains qu'il passe, quel qu'en soit le possesseur : c'est l'héritage ou la chose, et non la personne du possesseur qui est obligée.

L'usufruitier peut donc abdiquer son droit, parce qu'il n'est pas lié envers le propriétaire de la chose ou de l'héritage.

390. Il n'en est pas ainsi dans le contrat de louage ou de bail à ferme. Il existe de part et d'autre un lien personnel entre la personne du propriétaire ou de son successeur, et celle du conducteur ou preneur. Leurs obligations et leurs droits respectifs passent à leurs héritiers ou successeurs, comme les obligations qui résultent des contrats ordinaires. Le locateur peut contraindre le conducteur ou ses héritiers à jouir, sans qu'ils puissent abandonner la jouissance pour être libérés du prix convenu pour la location.

Le conducteur, ou ses héritiers et ayant-cause, peuvent contraindre le locateur non-seulement à les laisser jouir, mais encore à les faire jouir : *Præstare uti frui licere* (2).

Le propriétaire est seulement obligé de laisser jouir l'usufruitier : *Pati frui.*

Si j'avais légué l'usufruit d'un de mes héritages à Paul, et que mes héritiers fussent évincés de la propriété, Paul n'aurait aucune action contre eux, parce qu'ils n'étaient tenus qu'à le laisser jouir (*a*).

---

(1) Art. 621, et 622 du Code civil; lib. 48, 64 et 65, *ff. de Usuf.*; Domat, liv 1, tit. 11, sect. 4, § 8; Pothier, *du Domaine*, nº 237; Loiseau, *du Déguerpissement*, liv. 4, chap 9, nº 29. Mais *quid*, si l'usufruit a été établi par un contrat mixte? *V.* Loyseau, *du Déguerpissement*, liv. 4, chap. 5, nº 7. Si l'usufruit a été constitué pour prix d'un héritage, l'usufruitier peut toujours abdiquer son droit; mais il ne recouvre pas, en vertu de cette abdication, l'héritage qu'il avait donné en échange, à moins qu'il ne fasse rescinder le contrat. — (2) Pothier *du Contrat de louage*, nos 53 et 54. — (*a*) Dans l'espèce Paul n'a point d'action contre mes héritiers parce que l'usufruit a été constitué à titre gratuit. Il pourrait certainement agir contre eux en garantie, si la constitution avait eu lieu à titre onéreux.

Au contraire, si j'étais évincé de l'héritage que j'avais loué, le locataire aurait une action pour être libéré du prix de la location, et pour ses dommages et intérêts, parce qu'ils sont obligés de le faire jouir : *Præstare uti frui licere.*

Le preneur ou conducteur peut demander une indemnité pour les non-jouissances occasionnées par force majeure ou cas fortuit (art. 1769, 1773.). Au contraire, l'usufruitier n'a droit, en pareil cas, à aucune indemnité.

Le bailleur ou locateur est tenu de délivrer les choses en bon état de réparations de toute espèce; il doit y faire, pendant la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires; autres que les locatives (1720).

Au contraire, l'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont (600).

Telles sont les différences caractéristiques qui existent entre le droit du fermier et celui de l'usufruitier; elles viennent de la nature des choses, de la différence du lien civil dans l'un et l'autre cas.

Il résulte de cette discussion que, pour donner plus de justesse et d'exactitude à la définition de l'usufruit, il faut dire que l'usufruit est le droit de jouir, à titre de servitude personnelle ou mixte (1), des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance (2).

---

(1) Une note insérée par M. Pardessus, dans la première édition de son excellent *Traité des servitudes*, semble insinuer que l'usufruit n'est plus une servitude. « Les deux caractères de *droits réels* et *incorporels* conviennent aussi, dit-il, page 14, à l'usufruit et à l'usage, qu'on a longtemps, mais improprement, placés au rang des servitudes. » M. Pardessus ne traite que des servitudes réelles, au rang desquelles jamais on n'a placé *l'usufruit, l'usage*, etc.; on les a toujours, au contraire, soigneusement distingués. La matière de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation, occupe le septième livre du Digeste, et celle des servitudes réelles le huitième. Le droit romain, que le Code a suivi en cela, a donc fait une classe à part des premiers droits; mais il les a nommés servitudes personnelles, et le Code s'est abstenu de cette dénomination, sans néanmoins changer la nature de ces droits, sans dire que la dénomination de servitude ne leur convenait pas. Nous continuons donc de la leur donner, conformément à l'ancienne doctrine suivie par tous les auteurs français et étrangers, parce que cette doctrine nous paraît commode et conforme à la nature de ces droits. M. Pardessus l'a reconnu en retranchant sa note. — (2) Il est facile de voir, par cette définition, que le droit de la communauté conjugale sur les biens des deux époux, n'est point un usufruit.

## SECTION II.

*Comment, par qui, en faveur de qui et sur quels biens l'usufruit peut être établi.*

SOMMAIRE.

391. L'usufruit est établi par la loi ou par la volonté de l'homme, et non par jugement.
392. L'usufruit légal n'est établi qu'en trois cas.
393. S'il peut être établi par la prescription.
394. Comment l'usufruit peut être établi par le propriétaire.
395. En faveur de qui.
396. Sur quels biens; et s'il peut l'être sur les choses fongibles.
397. Il ne faut pas confondre l'usage des choses fongibles avec le prêt.
398. L'usufruitier ou ses héritiers peuvent opter de rendre le prix des choses fongibles, ou d'autres d'égale valeur.

391. L'art. 579 du Code dit que l'usufruit est établi par la loi ou par la volonté de l'homme (579).

Le droit romain voulait que l'usufruit pût aussi être établi par jugement dans le cas des partages, lorsque la chose étant difficile à diviser, on adjugeait la propriété à l'un des copartageans et l'usufruit à l'autre (1).

Le Code n'a point donné le même pouvoir aux juges. Si les immeubles ne peuvent se partager commodément, il doit être procédé à la vente par licitation (2), pour partager ensuite le prix de la vente; ce qui est plus simple et plus juste que l'établissement d'un usufruit qui s'éteindrait à la mort de l'usufruitier, sans passer à ses enfans.

392. La loi, qui règle la transmission des biens, établit en quelques cas un usufruit légal en faveur de certaines personnes. Nos anciennes coutumes en offraient plusieurs exemples, tels que le douaire de la femme, qui était de droit commun, et l'usufruit des acquêts donné au survivant des époux par quelques coutumes particulières.

Le Code n'établit plus d'usufruit légal qu'en trois cas :

Le premier est celui de l'art. 754; il donne au survivant des père et mère, qui succède à son enfant concurremment avec les parens collatéraux de l'autre ligne, l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété.

Le second cas est celui de l'art. 384, qui donne au survivant des

---

(1) Leg. 6, § 1, *ff. de Usuf.*; leg. 6, § 10, *ff. Commun. divid.*; leg. 16, § 2, *ff. Fam. ercisc.* — (2) Art. 827. Il n'est donc pas exact de dire avec M. Maleville, sur l'art. 579, que s'il n'y avait pas d'autre manière d'égaliser des cohéritiers ou des possesseurs de biens indivis, on devrait exécuter le droit romain, et recourir à l'établissement d'un usufruit. Il y a toujours des moyens simples d'égaliser les lotis, soit par une soulte de partage, soit par une rente de retour de lot; en sorte que l'établissement d'un usufruit, sans le consentement de tous les cohéritiers, paraît manifestement excéder le pouvoir des juges. — [*V.* Duranton, tome 4, n° 489. Proudhon, tome 1, n° 304; Zachariæ, tome 2, § 223.]

père et mère la jouissance des biens de leurs enfans jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans.

Le troisième cas est celui de l'art. 305, qui réserve au père et à la mère divorcés par consentement mutuel, la jouissance des biens dont la propriété est dévolue à leurs enfans, jusqu'à la majorité de ces derniers (*a*).

393. L'usufruit peut s'établir par la prescription de dix ou vingt ans, avec titre et bonne foi; par exemple, lorsque le propriétaire apparent d'un héritage en vend l'usufruit à un acquéreur de bonne foi, qui en jouit publiquement et sans trouble pendant dix ans entre présens, et vingt ans entre absens.

L'art. 2265 établit la prescription de dix ou vingt ans, avec titre et bonne foi, en faveur de celui qui acquiert un *immeuble;* or, l'usufruit est un immeuble (526); il est susceptible d'hypothèque (2118); l'acquéreur d'un usufruit peut faire transcrire son contrat pour purger les hypothèques (2181) : l'usufruit est donc, en tout, mis sous la même ligne que les immeubles. Il n'y a pas de raison pour l'excepter de la prescription avec titre et bonne foi, établie sans distinction, en faveur de tout acquéreur d'immeubles.

On objecterait inutilement que l'art. 690 ne rend prescriptibles les servitudes continues et apparentes, que par la possession de trente ans; cet article ne s'applique qu'aux servitudes réelles ou *services fonciers*, dont parle le tit. 4 du liv. 2, et non pas à l'usufruit et autres servitudes personnelles dont parle le titre précédent, qui ne sont pas des *services fonciers*, et auxquels le Code a affecté de ne pas donner le nom de *servitudes* (*Voy. suprà*, n° 384, et la note du n° 391).

Aussi, la Cour de cassation a décidé que le droit d'usufruit peut être acquis par la prescription de dix ou vingt ans, avec titre et bonne foi. En conséquence elle confirma, le 17 juillet 1816 (1), un arrêt de la Cour royale de Paris, qui l'avait ainsi jugé. La prescrip-

---

(*a*) A ces trois cas, M. Proudhon ajoute celui de l'article 127 qui donne la jouissance des biens de l'absent présumé aux envoyés provisoires; ceux des art. 1530 et 1549 qui confèrent au mari, le premier, la jouissance des biens de la femme lorsque les époux se sont mariés sans communauté, le second, celle des biens dotaux lorsque dans le contrat de mariage le régime dotal a été stipulé. Cependant les époux étant libres d'adopter tel régime qui leur convient on peut dire que l'usufruit est alors établi par convention, par la volonté de l'homme plutôt que par la loi — (1 *V.* Sirey, tome 18, 1re part., page 151. — [ *V.* aussi Duranton, tome 4, n° 502; Proudhon, tome 2, nos 750 et suiv. Zachariæ, tome 2, § 223. Troplong, *Prescription*, no 855. Pau, 5 janvier 1838; Journal du Palais, tome 2, 1841, page 125. ]

tion avait pris naissance sous l'empire de la Coutume de Paris, qui porte, article 113 : « Si aucun a joui et possédé *héritage ou rente* à « juste titre et de bonne foi..., par dix ans entre présens, et vingt « ans entre absens..., il acquiert prescription *dudit héritage ou « rente.* »

Quoique cet article ne parle point de l'*usufruit*, qui n'est proprement ni un *héritage* ni une *rente*, la Cour de cassation pensa que la prescription du droit d'usufruit par dix ou vingt ans était entièrement conforme aux dispositions de la Coutume de Paris. Le texte du Code est beaucoup plus favorable à cette prescription établie par l'art. 2265, pour tout *immeuble*, sans distinction. Or, il n'est pas douteux que l'usufruit soit un immeuble (*a*).

394. L'usufruit établi par la volonté de l'homme ne peut l'être que par le propriétaire du fonds (*b*); il peut l'être par acte de dernière volonté ou par acte entre vifs, à titre gratuit ou à titre onéreux, pour la vie de l'usufruitier ou pour un temps limité, pour commencer ou finir à certain jour, ou à l'événement d'une certaine condition; en un mot, sous toutes les modifications qu'il plaît à celui qui le constitue d'y apposer (1).

395. Il peut être établi en faveur de toutes personnes habiles à posséder des biens, même en faveur des communes ou des établissemens publics.

396. L'usufruit peut être établi sur toute espèce de biens meubles (*c*) et immeubles, corporels et incorporels (*d*).

Presque tous les meubles dépérissent par l'usage, il y en a même dont on ne peut user sans les *consommer;* tels sont tous les comestibles, etc.

---

*a*) L'usufruit peut aussi s'acquérir par la prescription de trente ans. Mais dans ce dernier cas, il sera souvent difficile d'établir en fait que la prescription a eu pour objet l'usufruit seulement et non la propriété. — (*b*) *V.* les notes du n° 396. — (1) *V.* art. 580; *Nouveau Répertoire*, v° Usufruit, page 551, § 1, n° 2. — [Le propriétaire ne peut, au préjudice des droits de l'usufruitier, concéder à un tiers un droit d'usage, ou une servitude réelle. Peu importe que ces concessions soient faites avant la transcription du titre constitutif de l'usufruit. Cette formalité n'est pas plus nécessaire pour la constitution d'un usufruit immobilier que pour la transmission de la propriété d'un immeuble corporel. Décision des ministres de la justice et des finances du 22 mars 18 8 (Sir. 9, 2, 229). *V.* ci-après n° 720.] — (*c*) A la différence des servitudes réelles qui ne peuvent exister que sur des immeubles. — (*d*) L'usufruit peut même être établi sur un droit d'usufruit, Proudhon, n° 393 Il y a cette différence entre la constitution d'un usufruit sur un usufruit et la cession de l'usufruit lui même; que, dans le premier cas, le droit n'étant lui-même qu'un usufruit s'éteindra par la mort de l'usufruitier de l'usufruit et que la jouissance reviendra à l'usufruitier direct, tandis que dans le second cas, les héritiers du nouvel usufruitier continuent de jouir jusqu'au décès de l'ancien usufruitier.

Les meubles de cette dernière espèce ne sont pas susceptibles d'un usufruit proprement dit, c'est-à-dire d'une jouissance qui n'en altère pas la substance (1).

Cependant le droit romain, que nous avons adopté sur ce point comme sur tant d'autres, admet une espèce d'usufruit ou quasi-usufruit à l'égard des choses fongibles, c'est-à-dire qui se consomment par l'usage. Cet usufruit consiste dans le droit de s'en servir ou de les consommer, à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit (587).

Dans la vérité, cet usufruit des choses fongibles ne paraît être autre chose qu'un prêt gratuit restituable à la mort de l'emprunteur, si l'usufruit est à vie ou à telle époque, ou sous telle condition. C'est pourquoi Justinien dit, § 2, *Inst.*, *H. T.*, avec quelque raison, qu'il n'est point un usufruit (*a*).

397. De là quelques auteurs (2) concluent que l'usufruit des choses fongibles ne peut être établi que par testament; autrement, disent-ils, ce serait un prêt. Ces auteurs se trompent. L'usufruit d'une somme d'argent, constitué par un acte entre vifs, pour dix ans, par exemple, diffère essentiellement d'un prêt, en ce que, si l'usufruitier mourait après un an, ses héritiers seraient obligés de rendre la somme sans attendre l'expiration de dix ans, au lieu que les héritiers de l'emprunteur jouissent du délai qui lui était accordé.

398. Suivant la maxime que le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier (art. 1190), c'est à l'usufruitier ou à ses héritiers d'opter, s'ils veulent, à la fin de l'usufruit, rendre des choses d'égales quantité, valeur (*b*) et qualité, ou

---

(1) *Instit. Justin.*, *H. T.*, Heineccius, *Antiquit.*, *H. T.* — (*a*) Un usufruit ne peut être établi sur une servitude réelle séparée du fonds au profit duquel elle a été constituée (Arg. art. 686 Cod. civ. Proudhon, t. 1, n° 371 et suiv.; Zachariæ, tome 2, § 224). L'usufruit d'une créance est un véritable usufruit. Aussi les actes destinés à constater l'existence de créances qui n'ont pas été remboursées avant la fin de l'usufruit doivent-ils être restitués au propriétaire. Proudhon, tome 1, n° 122 et tome 3, n° 1129 et suiv. L'usufruitier a le droit de recevoir les capitaux qui sont payés par les débiteurs et même de poursuivre et de recevoir le remboursement de ceux qui deviennent exigibles, sans l'intervention du nu-propriétaire. Arg. de l'art. 1549 Cod. civ.). Ainsi le débiteur qui aurait payé entre les mains de l'usufruitier serait à couvert de toutes les recherches de la part du nu-propriétaire, dans le cas même où l'usufruitier viendrait à décéder insolvable. Proudhon, t. 3, 1044, et suiv. Nancy, 27 mars 1843; Journ. du Palais, tome 1, 1844, page 42. Comp. Toutefois Turin, 16 février 1811. Sirey, 12, 2, 278; Dalloz, 5, 258. — (2) Lacombe, *Jurisprudence civile*, v° Usufruit, sect. 3, n° 1. — (*b*) Le mot *valeur* dans l'article 587, dont l'auteur reproduit ici les termes, est surabondant. Il implique même contradiction avec l'obligation de rendre pareille quantité et qualité. La valeur des objets donnés en usufruit est susceptible de varier, dès lors en rendant la même quantité on donnera une valeur

seulement le prix de l'estimation qui doit avoir été faite à l'ouverture de l'usufruit. au moment de l'inventaire exigé par l'art. 600 (*a*).

## SECTION III.

*Des droits de l'usufruitier.*

### SOMMAIRE.

399. Il jouit de tous les fruits, combien il y en a d'espèces.
400. Quels fruits appartiennent à l'usufruitier au commencement ou à la fin de l'usufruit.
401. *Quid*, si l'usufruitier vend la récolte et meurt avant qu'elle soit coupée?

---

moindre ou supérieure. La rédaction de l'article 587 doit être rectifiée par celle de l'article 1892. *V.* Zachariæ, tome 2, § 225.

(*a*) Je ne saurais admettre cette interprétation, elle met toutes les chances défavorables du côté du nu-propriétaire : il n'est pas possible que le législateur ait voulu consacrer un pareil résultat. Voici, selon moi, comment l'article doit être entendu. Il prévoit deux cas : celui où les objets ont été estimés lors de l'entrée en jouissance et celui où ils ne l'ont pas été. Dans le premier cas, les parties ayant voulu au moyen de l'estimation prévenir les difficultés qui pourraient naître au moment de la restitution des objets soumis à l'usufruit, l'usufruitier ne peut se libérer qu'en payant cette estimation; telle était aussi en droit romain la décision de la loi 7, *ff. de Usuf. earum rerum quæ usu consum.* Dans le second cas, aucune estimation n'ayant été faite, l'usufruitier est obligé à rendre des choses de même quantité et qualité : seulement comme il peut avoir de la difficulté à se les procurer; l'article 587 lui permet d'en donner l'estimation : mais afin que cette estimation remplace exactement pour le nu-propriétaire les choses soumises au quasi-usufruit elle doit être faite au moment où la restitution a lieu, c'est-à-dire à la fin de l'usufruit. Comp. toutefois Duranton, tome 4, 577; Proudhon, tome 1, n° 788 et suiv. Delvincourt sur l'art. 587 et Zachariæ, tome 2, § 225. Les marchandises composant un fonds de commerce doivent aussi être considérées comme des choses fongibles, quelle qu'en soit la nature. On ne peut, en effet, les employer à l'usage auquel elles sont destinées sans les consommer civilement au moyen d'une vente. L'usufruit dont elles sont l'objet ne porte même en réalité que sur leur valeur estimative. Toutefois, je pense que l'usufruitier pourrait être admis, à se libérer en totalité ou en partie à la fin de l'usufruit au moyen de marchandises de même nature, en les abandonnant pour leur valeur au moment de la restitution ; *V.* Zachariæ, tome 2, § 225, n° 2. Duranton, tome 4, n° 577 *bis*. Comp. toutefois Proudhon, tome 1, n° 121 et tome 3, n° 1010 : Au contraire, un fonds de commerce, des instrumens de fabrication ne sont point des choses fongibles. A moins de convention contraire, l'usufruitier n'en acquiert point la propriété : il n'en a que la jouissance; par conséquent, la disposition lui en est interdite et il est pleinement déchargé en les remettant au propriétaire à la cessation de l'usufruit non détériorés ou dépréciés par son dol ou par sa faute. *V.* sur ce dernier point une consultation de MM. de Vatimesnil et Pardessus, analysée dans le Journ. du Palais, tome 1, 1841, page 692 et suiv. Comp. au surplus sur ces questions, Cass., 9 messidor an II, Sirey, 4, 1, 29, Dalloz, 12, 797. Rej., 1er avril 1814; Sirey, 14, 1, 238; Dalloz, 12, 799. Rouen, 5 juillet 1824; Sirey, 25, 2, 132. Dalloz, 12, 798. Toulouse, 18 décembre 1832; Sirey, 33, 2, 209. Dalloz, 33, 2, 84. Paris, 27 mars 1841; Journ. du Palais, tome 1, 1841, page 691, Rej., 13 décembre 1842, Journ. du Palais, tome 1, 1843, page 184.

402. Il n'est pas dû de récompense des semences et labours, soit au commencement, soit à la cessation de l'usufruit.
403. S'il faut appliquer ce principe aux communautés conjugales.
404. Au cas des sénatoreries.
405. Du droit de l'usufruitier sur les meubles.
406. S'il peut les louer.
407. Son droit sur les bois taillis.
408. Sur les bois de futaie et arbres fruitiers.
409. Il peut y prendre des échalas, des gaules, des émondes, etc.
410. Des arbres morts, arrachés ou brisés par accident.
411. S'il peut en abattre pour son chauffage.
412. L'usufruitier peut affermer son droit, le vendre ou le donner.
413. Si les baux qu'il fait sont résiliés par sa mort.
414. L'usufruitier ne peut faire résilier les baux faits par le propriétaire.
415. Il jouit des alluvions, des droits de servitude, etc
416. Quel est son droit sur les mines et carrières, etc.
417. Son droit sur les rentes viagères.
418. Quelles sont les actions accordées à l'usufruitier pour la conservation de son droit.

399. L'art. 582 établit en principe que l'usufruitier a le droit de jouir de tous les fruits qu'on peut retirer de la chose.

On appelle fruits en général tout ce qui naît et renaît d'une chose : *Fructus est quidquid ex re nasci et renasci solet.* Ce mot s'applique spécialement aux productions de la terre; mais dans un sens plus étendu, il se prend pour toutes les différentes espèces de revenus qu'on peut retirer de la chose, de quelque nature qu'ils puissent être (1).

Les fruits se divisent en naturels et civils.

Les fruits naturels sont en général, ceux qui sont le produit de la fécondité de la nature; ils se divisent en fruits naturels et en fruits industriels.

Les fruits naturels proprement dits sont ceux que la terre produit spontanément, sans le secours de la culture, tels que le bois, le foin, la plupart des fruits des arbres. On regarde aussi comme fruits naturels, le produit et le croît des animaux (583).

On peut en dire autant de la pêche d'un étang, parce que le poisson s'y reproduit à raison du peuple qu'on y laisse en faisant la pêche; des lapins d'une garenne, et en général du gibier d'une terre ou d'une forêt (2), la chasse n'empêchant pas la reproduction des lapins et du gibier.

D'ailleurs, un étang est fait pour être pêché, une garenne, une terre, une forêt, pour qu'on y chasse : il suffit d'en user modérément.

Quelques auteurs pensaient, sous l'ancienne législation, que l'u-

(1) Pothier, *Traité du Douaire*, page 252, nº 201. — (2) Leg. 9, § 5, *ff. de Usuf.*, 7. 1. *Aucupiorum quoque et venationum reditum Cassius ait ad fructuarium pertinere; ergò et piscationum. Vid. omninò leg. 62, ibid.*

sufruitier n'avait pas le droit de chasse, parce que, disaient-ils, ce droit consistait *magis in honore quàm in quæstu*. Mais cette opinion ne peut être suivie sous l'empire du Code, qui veut que l'usufruitier jouisse généralement *de tous les droits* dont le propriétaire peut jouir, et qu'il en jouisse comme le propriétaire lui-même (597).

Les fruits industriels d'un fonds sont ceux qu'on obtient par la culture, ceux que la terre ne produit pas sans le travail ou l'industrie de l'homme; tels sont les blés, les légumes, les raisins, etc. (583).

On appelle fruits civils ceux qui ne sont réputés tels que par la disposition de la loi; tels sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages de rentes.

Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe des fruits civils (584).

400. Pour connaître quels sont les fruits qui appartiennent à l'usufruitier, soit au commencement, soit à la fin de l'usufruit, il faut distinguer les fruits civils des fruits naturels et industriels.

Les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour, et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit. Cette règle s'applique aux prix des baux à ferme (1), comme aux loyers des maisons et autres fruits civils (586).

Ainsi, on divise le prix entier des fermages ou des loyers par les trois cent soixante-cinq jours de l'année. Si le prix est de 365 fr., c'est un franc qui s'acquiert chaque jour, sans considérer le terme accordé au fermier pour le paiement (2), soit qu'il paie d'avance, ou seulement après sa jouissance.

Il en serait de même si le prix du bail consistait dans une quantité fixe de grains ou de denrées : on en réduit la valeur en argent, suivant les mercuriales, ou à dire d'experts, et on divise la somme comme les loyers.

Il en serait autrement, si le bail était consenti pour une portion aliquote des fruits, la moitié, par exemple, ou telle autre quotité convenue : ce seraient alors des fruits naturels (3).

Si, outre la quotité des fruits convenue, le fermier était obligé de

---

(1) Sous l'ancienne jurisprudence, on suivait, en beaucoup d'endroits, à l'égard du prix des baux à ferme, la règle établie pour les fruits naturels. *V.* le *Nouveau Denisart*, v° Fruits, §. 3, n° 3; Pothier, *du Douaire*, n° 204. Mais en Bretagne, on les considérait comme des fruits civils. *V.* les *Principes* de Duparc-Poullain, tome 3, page 290 et 291. — (2) Le loyer du jour de la mort de l'usufruitier n'est pas acquis à ses héritiers, à moins qu'on ne le suppose mort précisément le dernier instant de la journée Pothier, *du Douaire*, page 248. — (3) Art. 585. Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 3, page 291, n° 11; tome 5, page 21, n° 29.

payer annuellement une somme, cette somme n'en serait pas moins un fruit civil, qui s'acquerrait jour par jour.

Les fruits naturels et industriels, pendans par racines ou par branches, au moment où l'usufruit est ouvert, appartiennent à l'usufruitier.

Ceux qui sont dans le même état au moment où finit l'usufruit, appartiennent au propriétaire, sans préjudice de la portion de fruits qui pourrait être acquise au colon partiaire, s'il en existait un au commencement ou à la cessation de l'usufruit (585).

S'il n'y a qu'une partie seulement des fruits coupés ou recueillis au moment de l'ouverture de l'usufruit, l'usufruitier ne peut prétendre que ceux qui sont encore pendans par branches ou par racines; et la même règle est suivie à la fin de l'usufruit, entre l'usufruitier ou ses héritiers, et le propriétaire ou ses héritiers.

401. Si l'usufruitier, qui jouit par lui-même, vend la récolte près de sa maturité, ou une coupe de bois près de l'époque où elle doit être faite, et décède ensuite avant que la coupe soit commencée, la vente subsiste, car l'usufruitier avait le droit de vendre; mais le prix de la vente appartient en entier au propriétaire.

Si l'usufruitier décède après que la coupe est commencée, mais avant qu'elle soit achevée, le prix est partagé entre les héritiers et le propriétaire, en proportion de la valeur de la partie coupée et de celle qui reste à couper (1).

402. Il n'est dû, de part ni d'autre, aucune récompense des labours et des semences, soit au commencement, soit à la cessation de l'usufruit, suivant la disposition de l'art. 585, qui a tranché sagement une question sur laquelle les auteurs français n'étaient pas d'accord (2).

Si le prix des semences et les frais de labour étaient encore dus au moment de l'ouverture ou de la fin de l'usufruit, le créancier conserverait son privilége sur les fruits de la récolte, sauf, dans le premier cas, le recours de l'usufruitier vers le propriétaire, et, dans le second, le recours du propriétaire contre l'usufruitier ou ses héritiers. Ce recours est fondé sur la conséquence nécessaire de l'art. 585.

On agita, au conseil d'État, la question de savoir si, lorsque l'usufruit est dû à l'un des époux, la communauté qui a fait les frais de

---

(1) *V.* le *Nouveau Denisart*, v° Fruits, tome 9, page 113, n° 3; Pothier, *Traité du Douaire*, n° 204. — [*V.* aussi Cass., 21 juillet 1818; Sirey, 18, 1, 375. Dalloz, 12, 795.] — (2) *V.* Renusson, *Traité du Douaire;* Pothier, *Traité du Douaire*, nos 201 et 272.

culture doit être privée de la récolte, sans lui faire raison de ses impenses. Il fut décidé qu'on ne devait pas faire d'exception pour ce cas particulier (1).

403. Ceci nous conduit à examiner s'il faut appliquer la disposition de l'art. 585, au cas de la dissolution des communautés conjugales. Nous ne le pensons pas, et nous croyons que, sous l'empire du Code, comme sous l'ancienne législation, il est dû récompense des labours et semences, des fruits pendans par racines sur les propres de l'un ou l'autre des conjoints.

Quoiqu'il existe beaucoup d'analogie entre les droits de la communauté sur les biens des deux conjoints, et ceux de l'usufruitier sur les biens sujets à l'usufruit, il y a néanmoins une grande différence. Le propriétaire et l'usufruitier ne sont point en société comme les conjoints : les droits respectifs des deux premiers ne se règlent donc point, comme ceux des derniers, par les dispositions relatives aux sociétés. Par exemple, si l'usufruitier meurt sans avoir fait une coupe de taillis, baliveaux ou de futaie, qu'il a négligé de faire à l'époque fixée par l'usage, ses héritiers n'en ont aucune récompense (art. 590).

Au contraire, si les coupes de bois, qui, en suivant les règles ordinaires, pouvaient être faites durant la communauté, ne l'ont pas été, il est dû récompense à l'époux non propriétaire du fonds, ou à ses héritiers (1403), parce qu'il n'est pas juste que l'un des associés s'enrichisse aux dépens de l'autre.

C'est d'après ce principe que la Coutume de Paris, dans l'art. 231, qui était de droit commun, chargeait le conjoint dont les propres avaient été labourés et ensemencés aux frais de la communauté, de payer, lors de la dissolution, *la moitié des labours et semences*.

Si le Code n'a pas, sur ce point, de disposition particulière, il en contient une générale dans l'art. 1437, qui veut que, toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doive la récompense; principe de justice qui s'applique, par une conséquence directe, au conjoint dont les propres ont été labourés et ensemencés aux dépens de la communauté, puisque après sa dissolution, il profite seul des fruits (*a*).

Quant aux biens dotaux, l'art. 1571 contient une règle particulière entièrement contraire à celle des usufruits. Il porte qu'à la dis-

(1) Séance du 27 vendémiaire an XII, tome 7, page 106. — (*a*) *V.* en ce sens Duranton, tome 14, n° 152; Zachariæ, tome 3, § 507; Rennes, 26 janvier 1828; Sirey, 30, 2, 208. Bordeaux, 22 mai 1841; Journ. du Palais, tome 2, 1841, page 247.

solution du mariage, les fruits des immeubles dotaux se partagent entre le mari et la femme ou leurs héritiers, à proportion du temps qu'il a duré pendant la dernière année, qui commence à partir du jour où le mariage a été célébré.

404. Les sénatorèries ont aussi sur ce point une règle particulière (1).

405. Si les choses soumises à l'usufruit sont des meubles qui se détériorent par l'usage, l'usufruitier n'en a pas moins le droit de s'en servir pour tous les usages auxquels ils sont destinés; il n'est obligé de les *rendre*, à la fin de l'usufruit, que dans l'état où ils se trouvent, non détériorés par son dol ou par sa faute (589), où par celle des personnes dont il doit répondre.

Mais il ne peut se dispenser de les représenter (2), ou d'en payer le prix suivant leur valeur au temps où l'usufruit a commencé, parce que, faute de les représenter, il est supposé en avoir disposé à son profit. S'ils sont entièrement consommés, c'est à lui de prouver que l'usage en a produit la consommation (*a*).

406. L'usufruitier ne peut pas louer les meubles qui ne sont pas destinés à cet usage. La manière d'en user est réglée (3) par le titre, par la nature des choses, par la destination du père de famille, par les circonstances, par la coutume (*b*).

407. Si, parmi les biens soumis à l'usufruit, il se trouve des bois taillis, l'usufruitier est tenu d'observer le temps, l'ordre et la quotité des coupes, conformément à l'aménagement (4) ou à l'usage constant des propriétaires; sans indemnité toutefois, en faveur de l'usufruitier ou de ses héritiers, pour les coupes ordinaires, soit de taillis, soit de baliveaux, soit de futaie, qu'il n'aurait pas faites pendant sa jouissance (590) (*c*).

Il ne peut anticiper la coupe des bois; s'il en a fait une anticipée, et qu'il meure avant l'époque fixée pour la coupe, sa mort faisant cesser l'usufruit, ses héritiers sont tenus de rendre le montant de la

---

(1) *V.* Merlin, *Nouveau Répertoire*, v° Sénat conservateur. — (2) Leg. 9, § 3, *Usuf. quemad. cav.*, 7, 9. — (*a*) Arg. de l'art. 1566; dans ce sens, Zachariæ, tome 2, § 227, n° 8. *V.* toutefois Locré, tome 8, page 238. — (3) *V.* Domat, de l'*Usufruit*, sect. 3, n° 10; Lacombe, v° Usufruit, n° 16. — (*b*) Les meubles et autres choses qui se détériorent peu à peu par l'usage, ne peuvent non plus être saisis par les créanciers de l'usufruitier. Rennes, 21 mai 1835; Sirey, 36, 2, 157. Dalloz, 36, 2, 16. — (4) Aménagement, c'est-à-dire l'ordre observé par le père de famille pour son ménage. — (*c*) Et cela, même quand l'usufruitier a été empêché de faire la coupe par suite d'une force majeure. Duranton, tome 4, n° 558. Proudhon, tome 3, n° 1178; Zachariæ, tome 2, § 227, n° 9. Secus Delvincourt sur l'art. 590 Il en serait autrement si l'empêchement procédait d'une cause dont le propriétaire fût responsable; Duranton, *loc. cit.*

coupe faite par anticipation (1), même les dommages et intérêts résultant du préjudice que l'anticipation des coupes aurait pu causer aux souches.

Les bois sont par eux-mêmes des fruits, et des fruits purement naturels, puisqu'ils naissent sans culture. Cependant les lois anciennes et nouvelles se sont accordées à ne considérer comme fruits que les bois distribués en coupes réglées (2).

408. Quant aux bois de futaie et autres arbres, ainsi que les arbres fruitiers, ils sont réputés faire partie du fonds (3). Ces bois ne prenant leur accroissement qu'après un long espace de temps, il est presque impossible de les assimiler à des fruits (*a*). La coupe s'en faisant ordinairement à des termes fort éloignés, ce serait entamer la propriété du fonds, que d'abandonner à un usufruitier le prix d'une coupe qui surpasse toujours la valeur du fonds (*b*).

Mais ces motifs, très équitables quand il s'agit des bois ou futaies en réserve, perdent leur application lorsqu'il s'agit de bois ou futaies distribués en coupes réglées, soit que ces coupes se fassent périodiquement sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine (591).

Dès que les coupes sont réglées de manière qu'on en fasse une annuellement ou à chaque période fixée, les bois reprennent leur caractère de fruits ordinaires, celui de se reproduire annuellement ou à chaque période, et les coupes qui se font pendant la durée de l'usufruit appartiennent à l'usufruitier.

Dans tous les autres cas, il ne peut toucher aux arbres de haute futaie (*c*); il peut seulement employer, pour faire les réparations

---

(1) Bourjon, édition de 1747, tome 2, page 28, col. 2; Pothier, *de la Communauté*, n° 211; *Nouveau Denisart*, v° Fruits, page 112. Domat, de l'*Usufruit*, sect. 1, n° 7, dit qu'on peut cueillir, avant une parfaite maturité, les fruits dont la nature est telle qu'il est ou de l'usage ou plus utile de les cueillir prématurément. Ainsi, on n'attend pas la parfaite maturité des olives, des foins, d'un bois taillis: mais il faut attendre la maturité pour la moisson, la vendange, etc. — (2) Leg. 30, *ff. de V. S.* — (3) Ordonnance de 1669 *sur les eaux et forêts*, tit. 22, art. 51; leg. 11, *ff. de Usuf.* — (*a*) Les arbres fruitiers ne peuvent être assimilés à des fruits, parce qu'ils ne sont point destinés à être coupés : *V.* Vinnius *in Instit.*, liv. 2, tit. 1, § 37 et les lois qu'il cite : *Sous* des arbres fruitiers qui naissent spontanément dans les forêts. Proudhon, tome 3, 1175. — (*b*) L'usufruitier n'a pas le droit de couper les peupliers plantés sur la propriété dont il a l'usufruit. Ces arbres doivent être assimilés aux arbres-futaies que l'usufruitier ne peut couper que quand ils sont aménagés. Dijon, 22 décembre 1842, Journ. du Palais, tome 1, 1843, page 402. Comp. aussi, Paris, 12 décembre 1811. Sirey, 13, 2, 318. — (*c*) On ne saurait voir dans l'usage du précédent propriétaire d'abattre chaque année une certaine quantité d'arbres de haute futaie, variable suivant ses besoins ou l'état des arbres un établissement

dont il est tenu, les arbres arrachés ou brisés par accident : il peut même, pour cet objet, en faire abattre, s'il est nécessaire, mais à la charge d'en faire constater la nécessité contradictoirement avec le propriétaire (592).

L'omission de cette formalité, quoique très imprudente, pourrait être excusée par l'urgence ou par l'évidence de la nécessité constatée depuis l'abattis (*a*).

409. L'usufruitier peut prendre dans les bois, quoique non distribués en coupes réglées, des échalas pour les vignes, des gaules et des tuteurs pour les arbres fruitiers des jardins et vergers ; enfin, il peut prendre tous les profits annuels ou périodiques qu'on peut en tirer, suivant l'usage du pays ou la coutume des propriétaires (593) ; telles sont les émondes des arbres accoutumés à être émondés.

410. Les arbres fruitiers qui meurent, ceux même qui sont arrachés ou brisés par accident, appartiennent à l'usufruitier, à la charge de les remplacer par d'autres (594).

Il est à remarquer que cette disposition étant limitée aux arbres fruitiers, on ne doit pas l'étendre aux autres grands arbres morts, abattus ou brisés par la tempête.

L'usufruitier n'y peut rien prétendre ; autrement il faudrait dire que, si tout un bois était abattu par la violence de la tempête, tous les arbres appartiendraient à l'usufruitier. Il peut contraindre le propriétaire de les enlever, s'ils nuisent à sa jouissance ; il peut encore s'en servir pour les réparations manquantes aux édifices (1) (articles 592).

411. Mais il n'a pas le droit de s'approprier ces bois, encore moins d'en abattre pour son chauffage ; observation importante pour les communautés conjugales, qui n'ont, à l'égard des bois existant sur les propres des deux conjoints, que les droits d'un usufruitier (1403).

On pensait autrefois, en Bretagne, que le mari, chef de la communauté, pouvait sur les biens de la femme, abattre des bois de

---

de coupes réglées dans le sens de l'article 591. Cod. civ. Agen, 14 juillet 1836, Sirey, 36, 2, 670. Journ. du Palais, tome 2, 1837, page 163.

(*a*) L'indemnité due par l'usufruitier qui a coupé des futaies non mises en coupes réglées, doit être acquittée *hic et nunc* ; et non pas seulement à la fin de l'usufruit. On ne peut dire que cette indemnité représente une partie de la propriété dont la jouissance lui appartenait. *V.* en ce sens Duranton, tome 4, § 564. Delvincourt ; Dijon, 22 décembre 1812, Journ. du Palais, tome 1, 1843, page 402. Comp. toutefois, Paris, 12 décembre 1811, Sirey, 13, 2, 318. — (1) Sur tout cela, *V.* Voet, *in tit. de Usuf.*, n° 22, et les lois qu'il cite ; Domat, de l'*Usufruit*, sect. 1. nos 10, 11 et 12, en observant que le droit romain donnait à l'usufruitier les bois morts que le Code ne lui donne pas.

haies pour le chauffage, pourvu qu'il en usât modérément, et sans pouvoir en vendre. C'était l'opinion de notre savant Duparc-Poullain (1).

Il se fonde sur ce qu'en Bretagne les arbres émondables qui sont sur les haies sont destinés pour le chauffage, quoiqu'ils ne soient pas *un fruit ordinaire d'usufruit*. De cette prétendue destination, il conclut que le mari peut en disposer en bon et diligent père de famille, pourvu qu'il n'y ait pas excès, et qu'il remplace les arbres qu'il aura abattus.

Cette opinion ne peut plus être suivie sous l'empire du Code civil, qui a établi des règles uniformes pour toute la France; elle était contraire aux principes reçus en matière d'usufruit; l'auteur en convenait lui-même : il en résulterait, en effet, une injustice frappante; car le mari pourrait abattre tous les bois de chauffage sur les biens de la femme, vendre sur les siens les bois de même nature, et se procurer, par cette vente, une action en récompense contre la communauté, tandis que la femme n'aurait aucune récompense pour ses bois consommés dans la maison.

412. L'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à ferme, ou même céder, vendre ou donner son usufruit, et la disposition qu'il en fait conserve son droit (595). Leg. 12, § 2, *ff. de Usuf.*

413. Mais s'il donne à ferme, les baux ne peuvent excéder neuf ans, et ils ne doivent pas être faits par anticipation, c'est-à-dire plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans avant la même époque, s'il s'agit de maisons (2). Dans ces cas, le propriétaire ne peut plus, comme autrefois, expulser, à la fin de l'usufruit, les fermiers ou locataires; il ne pourrait même pas faire résilier les baux faits par anticipation, si leur exécution avait commencé avant la fin de l'usufruit (3).

414. L'usufruitier ne peut également faire résilier les baux passés par le propriétaire, avant le commencement de l'usufruit, quand même ils l'auraient été par anticipation, sauf les cas où l'usufruit aurait été constitué à titre onéreux, tel qu'une vente (*voy.* article 1743) (*a*).

415. L'usufruitier jouit de l'augmentation survenue par alluvion à l'objet dont il a l'usufruit (596) (*b*).

---

(1) *Principes du droit*, tome 5, page 23; Commentaire sur la *Coutume de Bretagne*, tome 3, page 144. Plusieurs coutumes donnaient à la douarière le droit de chauffage. *V.* les Conférences sur l'art. 468 de la *Coutume de Bretagne*. — (2) Art. 595 et 1430. — (3) Argum., art. 1430. — (*a*) Quand même l'usufruit aurait été constitué à titre onéreux l'usufruitier ne pourrait faire résilier les baux passés par le propriétaire s'ils étaient authentiques ou si leur date était certaine. Locré, tome 14, page 346. Dijon, 21 avril 1827, liv. 27, 2, 116. — (*b*) Mais

Il jouit des droits de servitude, de passage, et généralement *de tous les droits* dont le propriétaire peut jouir, et il en jouit comme le propriétaire lui-même (597).

416. Il jouit aussi, de la même manière que le propriétaire, des mines et carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de l'usufruit, et néanmoins s'il s'agit d'une exploitation qui ne puisse être faite sans une concession, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en avoir obtenu la permission du gouvernement.

Il n'a aucun droit aux mines et carrières non encore ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée, ni au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit (598) (1).

Nous verrons dans le troisième livre, que la propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds (art. 716).

C'est ce droit que la loi refuse à l'usufruitier; mais si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds (même art. 716).

Cette moitié, dévolue à l'inventeur, appartient à l'usufruitier qui a découvert le trésor, et l'autre moitié au propriétaire.

417. C'était autrefois une question de savoir en quoi consistait l'usufruit d'une rente viagère. On voulait distinguer entre celles qui sont créées par don ou legs, et celles qui sont le prix d'une aliénation. La rente viagère, en ce dernier cas, ne pouvant être le fruit du fonds aliéné, puisqu'elle en est le prix, on en concluait que l'usufruitier d'une pareille rente était tenu d'en rendre les arrérages à la fin de l'usufruit. L'art. 588 a tranché cette difficulté, en décidant, sans distinction, que l'usufruit d'une rente viagère donne à l'usufruitier le droit d'en percevoir les arrérages, sans être tenu à aucune restitution.

L'art. 1568 contient une décision semblable pour le produit annuel d'un droit d'usufruit. Il porte que, « si un usufruit a été constitué en « dot, le mari ou ses héritiers ne sont obligés, à la dissolution du « mariage, que de restituer le droit d'usufruit, et non les fruits échus « durant le mariage. »

---

il ne jouit pas des accroissemens produits par la force subite des eaux, non plus que des îles et îlots : *Non de insulâ quæ apparet separatâ*, dit la loi 9, § 4, *ff. de Usufr.*, d'où est tiré l'art. 596. Proudhon, *Traité du domaine public*, tome 4, n° 1294 Zachariæ, tome 2, § 227. *Secùs* Duranton, tome 4, n° 580. Dans le cas de l'article 563, l'usufruitier du fonds envahi par les eaux doit jouir de la portion du lit abandonné qui revient au propriétaire. Proudhon 2, 530. Zachariæ, tome 2, § 227, n° 16.

418. Pour entrer en possession de son droit ou pour le conserver, l'usufruitier peut exercer toutes les actions que la loi accorde au propriétaire pour maintenir sa propriété. Il peut exercer contre ce dernier l'action qui naît du contrat ou du testament par lesquels l'usufruit a été constitué.

Il peut exercer contre un tiers possesseur l'action en revendication, pour le faire condamner à lui remettre la jouissance des choses soumises à l'usufruit; et cette action est réelle, puisqu'elle naît d'un droit réel, et peut être intentée contre tout tiers possesseur, quel qu'il soit, comme l'action hypothécaire.

Si, depuis qu'il a été mis en possession des biens, l'usufruitier en était dépouillé, il peut exercer l'action possessoire, parce qu'il possède *pro suo, et à titre de propriétaire* de son droit d'usufruit, qui est une portion de la propriété.

Il peut intenter l'action négative contre les tiers qui prétendraient exercer un droit de servitude sur les biens soumis à l'usufruit; il répondrait même des servitudes qu'il laisserait acquérir par prescription, faute d'avoir dénoncé au propriétaire l'attentat de celui qui prétend les exercer (614).

Mais cette dénonciation ne le prive point de la faculté d'agir lui-même à ses risques et périls pour la conservation de son droit, quand même le propriétaire refuserait d'agir, parce que celui-ci ne peut, pendant la durée de l'usufruit, créer une servitude sur les biens qui y sont soumis.

Nous avons vu ci-dessus, chap. 3, sect. 2, que l'usufruitier peut exercer l'action de bornage.

Enfin, l'usufruit étant déclaré susceptible d'hypothèque (2118), puisqu'il est une partie de la propriété, l'usufruitier a la faculté de faire transcrire son contrat sur le registre de la conservation des hypothèques, dans l'arrondissement duquel les biens sont situés, afin de purger les priviléges et hypothèques antérieures.

Cette faculté lui est accordée par l'art. 2181, qui porte que « les « contrats translatifs de la propriété d'immeubles, ou *droits réels* « *immobiliers*, que les tiers détenteurs voudront purger de priviléges « et hypothèques, seront transcrits, etc. »

## SECTION IV.

*Des obligations de l'usufruitier*

SOMMAIRE.

419. Il est obligé de faire un inventaire des meubles et un état des immeubles, et dans quelle forme.
420. Si le testateur peut en dispenser l'usufruitier.
421. S'il n'a pas fait dresser l'état des immeubles, il est censé les avoir reçus en bon état.
422. Il doit donner caution, s'il n'en est pas dispensé.
423. *Quid*, s'il ne trouve pas de caution?
424. Il doit jouir en bon père de famille. Conséquences de ce principe.
425. Il ne doit rien changer à l'état des choses.
426. Il ne peut rien réclamer pour les améliorations.
427. Ni enlever les matériaux des édifices qu'il aurait fait bâtir.
428. Mais il se fait compensation des améliorations avec les dégradations.
429. Réparations qui sont à la charge de l'usufruitier.
430. Il n'est point tenu de celles qu'il n'a pas reçues en entrant.
431. Il est tenu aux charges annuelles de l'héritage. Comment il contribue aux charges imposées sur la propriété.
432. Quand et comment il contribue aux dettes
433. Dettes qui sont entièrement à sa charge pendant l'usufruit.
434. Des frais de procès.
435. L'usufruitier est garant des dégradations et des prescriptions.
436. A quoi est tenu l'usufruitier d'un troupeau.

419. Ces obligations se rapportent à son entrée en jouissance ou au cours de sa jouissance (*a*).

Il ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit (600) (*b*).

Les frais de cet inventaire et de cet état sont pour le compte de l'usufruitier, auquel la loi impose l'obligation de le faire dresser.

L'inventaire et l'état peuvent être faits sous seings privés par un écrit double, si le propriétaire et l'usufruitier sont tous les deux majeurs.

Si le propriétaire se refusait à un inventaire amiable, il suffirait de le faire citer par un acte extrajudiciaire, pour assister à l'inven-

(*a*) Le quasi-usufruitier est soumis aux mêmes obligations que l'usufruitier. Proudhon 7, 3, 105. — (*b*) L'usufruitier qui a joui du bien avant d'avoir fait inventaire n'est pas privé des fruits par lui perçus jusqu'à ce que cette formalité ait été remplie. Grenoble, 27 mars 1824, Sirey, 25, 2, 298. Nîmes, 5 janvier 1838, Sirey, 38, 2, 289. Journ. du Palais, tome 2, 1838, page 274. Dijon, 2 juillet 1842, Journ. du Palais, tome 1, 1844, page 36. Comp. toutefois Proudhon, tome 2, n° 796; pourvu toutefois si l'usufruit est constitué par testament qu'il ait formé la demande en délivrance : *V.* ci-après la note du n° 423 *in fine*. Le propriétaire peut, tant que l'usufruitier n'a pas fait inventaire et donné caution, retenir les biens soumis à l'usufruit, à la charge de lui compter des fruits. Bastia, 15 juin 1835. Sirey, 36, 2, 183. Bordeaux, 14 mai 1841; Journ. du Palais, tome 2, 1841, page 581.

taire qui serait fait devant notaire, sans qu'il fût besoin d'obtenir une ordonnance du juge.

Il faudrait indiquer, dans la citation, l'expert chargé de faire l'estimation des meubles ou l'état des lieux, et sommer le propriétaire d'en nommer un autre s'il le juge à propos, même de convenir d'un tiers. Si, au jour et à l'heure indiqués, le propriétaire ne se présentait pas, on procéderait sur son défaut; l'usufruitier devrait ensuite retirer une expédition de l'inventaire, et la faire notifier au propriétaire, à personne ou domicile. Si ce dernier gardait le silence, il serait censé avoir approuvé l'opération.

Mais il semble qu'il pourrait demander qu'il fût rapporté contradictoirement avec lui un nouvel inventaire ou état des lieux, pourvu qu'il consentît d'en avancer les frais sans répétition.

420. Si l'usufruit est légué par un testament, le testateur peut dispenser l'usufruitier de faire inventaire (1); car pouvant donner la propriété de tout son bien, il peut, à plus forte raison, dispenser le donataire usufruitier de la formalité de l'inventaire.

Mais si le testateur avait des héritiers du nombre de ceux en faveur de qui la loi fait une réserve, la dispense serait nulle; car il est nécessaire de faire constater la valeur des meubles, pour voir si le don n'est pas excessif (*a*).

Si l'usufruit donné ne consiste que dans une quotité égale ou inférieure à la portion disponible, la dispense d'inventaire devient inutile; car alors il faut un partage qui tient lieu d'inventaire.

421. Si l'usufruitier négligeait de faire dresser un état des immeubles sujets à l'usufruit, il serait censé les avoir reçus en bon état, et obligé de les rendre tels à la fin de l'usufruit. Mais ce n'est ici qu'une présomption qui céderait aux preuves du contraire, que l'on pourrait tirer de l'état des lieux constaté par des experts ou par des témoins (*b*).

422. Outre l'état ou l'inventaire qui doivent être dressés au com-

(1) Ainsi l'a pensé le Conseil d'état, lors de la *Discussion* du Code, V. Merlin, *Nouveau Répertoire*, v° Usufruit, sect. 2, page 251, où il répond à l'objection tirée de l'art. 601, comparé avec l'art. 600. — (*a*) La dispense serait encore nulle si elle devait porter atteinte aux droits des créanciers, Proudhon, tome 11, n° 800 et suiv. Zachariæ, tome 2, § 226 : Au reste les héritiers non réservataires pourraient toujours faire dresser un inventaire à leurs frais. *V.* Proudhon et Zachariæ, *ibid.* Poitiers, 29 avril 1807; Sirey, 7, 2, 647. Bruxelles, 18 décembre 1811; Sirey 12, 2, 145, *idem*, 10 juin 1812; Sirey, 13, 2, 46. Bastia, 26 février 1840, Journ. du Palais, tome 2, 1842, page 436. Et cela quand même le testament contiendrait défense formelle de faire inventaire, Proudhon, *ibid.* et Toulouse, 23 mai 1831, Sirey, 32, 2, 322. — (*b*) *Sic* Proudhon, tome 2, nos 794 et 795. Zachariæ, tome 2, § 226. Nancy, 28 novembre 1824, Sirey, 26, 2, 114. Bastia, 15 juin 1835; Sirey, 36, 2, 183.

mencement de l'usufruit, l'usufruitier doit donner caution de jouir en bon père de famille (*a*), s'il n'en est pas dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit (*b*). Cependant, les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfans, le vendeur ou le donateur, sous réserve d'usufruit, ne sera pas tenu de donner caution (*c*) (601). Mais les père et mère sont tenus de donner caution, lorsqu'en vertu de l'art. 754, ils ont l'usufruit du tiers des biens auxquels ils ne succèdent point. Ce n'est plus alors le cas de l'art. 601.

La veuve usufruitière n'en est pas dispensée, quoiqu'elle se trouve en même temps créancière de son mari.

Un cautionnement en immeubles réels (*d*) peut tenir lieu d'un fidéjusseur : *Plus est cautionis in re quàm in personâ.*

423. Si l'usufruitier ne trouve pas de caution, les immeubles soumis à l'usufruit sont donnés à ferme ou mis en séquestre, les sommes comprises dans l'usufruit sont placées, les denrées sont vendues, et le prix en provenant est pareillement placé.

Les intérêts de ces sommes et le prix des fermes appartiennent, dans ce cas, à l'usufruitier (602).

A défaut d'une caution de la part de l'usufruitier, le propriétaire peut exiger que les meubles qui dépérissent par l'usage soient vendus, pour le prix en être placé comme celui des denrées, et alors l'usufruitier jouit de l'intérêt pendant son usufruit (1).

Cependant l'usufruitier peut demander, et les juges peuvent ordonner, suivant les circonstances, qu'une partie des meubles nécessaires pour son usage lui soit délaissée, sous sa simple caution juratoire, et à la charge de les représenter à l'extinction de l'usufruit (603).

Le retardement de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits auxquels il peut avoir droit; ils lui sont dus du moment où l'usufruit a été ouvert (604), quand même il aurait tardé d'en de-

---

(*a*) Le propriétaire peut toujours exiger une caution, même lorsqu'il a laissé l'usufruitier entrer en jouissance sans la demander. Proudhon, tome 2, 815. Zachariæ, tome 2, § 226, n°6. — (*b*) Le nu-propriétaire ne peut pas exiger une caution, même lorsque par suite de circonstances imprévues la dispense de fournir caution l'expose à des pertes. Paris, 6 janvier 1826. Sirey 26, 2, 231. Zachariæ, tome 2, § 226, n° 10 *Contrà* Proudhon, tome 2, 863; Duranton, tome 4, n° 611. Lyon, 15 janvier 1836; Sirey, 36, 2, 230; Dalloz, 36, 2, 132. Comp., Bourges, 10 décembre 1832; Sirey, 33, 2, 648 Dalloz, 34, 2, 31. — (*c*) Les dispenses établies par cet article sont des exceptions qui ne doivent pas être étendues aux cas analogues. Ainsi le vendeur et le donateur de l'usufruit avec réserve de la nue-propriété sont fondés à exiger une caution. Zachariæ, tome 2, § 226, n° 13. *Secùs* Proudhon, tome 2, n° 830. — (*d*) Ou même un gage mobilier. *V.* en ce sens Duranton, tome 4, n° 603, Zachariæ, tome 2, § 226. *Secùs* Proudhon, tome 2, n° 846 et suiv. — (1) Arrêt du 23 novembre 1808, Denevers, an 1809, page 108.

mander la délivrance, dans le cas d'usufruit constitué par testament. C'est une exception à l'article 1014 (*a*).

424. La plupart des obligations relatives à la jouissance de l'usufruitier sont des conséquences du principe qu'il doit jouir en bon père de famille, et qu'il prend les choses dans l'état où elles sont (art. 600 et 601).

Ainsi, il doit s'abstenir de tout ce qui peut détériorer les biens, et faire tout ce que fait ordinairement un diligent père de famille (1).

Il ne lui est pas permis de changer la destination d'un bâtiment, et de convertir une maison ordinaire en hôtellerie (2), de faire deux chambres d'une ou d'en réunir deux en une; de changer l'entrée ou le vestibule de la maison.

Il ne peut détruire des bosquets ou des jardins d'agrément, pour les convertir en jardins potagers, afin d'en retirer du profit, ni changer des allées ou avenues en terres labourables.

Il ne peut laisser en friche des fonds qui sont de nature à être cultivés (3).

425. En un mot, il doit entretenir les choses dans l'état où il les trouve, sans y rien changer : *Excolere quod invenit potest qualitate non immutatâ.*

Il ne peut pas même achever un édifice commencé par le proprié-

---

(*a*) Je ne crois pas que l'art. 604 ait eu pour but de déroger à l'art. 1014. Il a eu en vue seulement d'abroger la disposition de la loi 13, § 1, *ff. de Usufructu* qui ne permettait pas à l'usufruitier de se faire remettre la chose et par conséquent d'en percevoir les fruits (condition alors indispensable pour qu'il en devînt propriétaire) avant d'avoir donné caution; ou même le principe du droit coutumier qui n'accordait à la douairière les fruits des héritages sujets au douaire que du jour où elle avait fait son acte de caution juratoire au greffe de jouir du douaire en bon père de famille et affirmé n'en pouvoir donner d'autre. *V.* art. 218 de la *Coutume d'Orléans*, et *ibi* Pothier. Comment d'ailleurs pourrait-on justifier cette prétendue exception; comment comprendre qu'un légataire d'usufruit fût mieux traité qu'une légataire de pleine propriété, ou même que le légataire d'une rente viagère ou d'une pension; que l'un eût droit aux fruits du jour du décès et l'autre seulement du jour de la demande en délivrance. Cela évidemment n'est pas possible. *V.* en ce sens Duranton, tome 4, no 520; Proudhon, tome 1, no 393 et suiv. Grenier *des Donations* 1, no 303. Zachariæ, tome 2, § 227. Riom, 1er décembre 1818; Journ. du Palais à sa date. Toulouse, 29 juillet, Sirey, 30, 2, 229 : Comp. toutefois Bastia, 3 février 1836; Sirey, 36, 2, 247. — (1) Leg. 13, § 4, *ff. de Usuf.*, 7, 1: *Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest..... Non debet arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis; et si forte voluptarium fuit prædium, viridaria, vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amœnas habens, non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid quod ad reditum spectat.* Leg 65, *ibid. Sed cùm fructuarius debeat, quod suo suorumque facto deteriùs factum sit, reficere : non est absolvendus, licet usumfructum derelinquere paratus sit : debet enim omne quod diligens paterfamilias in suâ domo facit, et ipse facere.* — (2) Leg. 13, § 7, *et ult., ibid. Excolere quod invenit potest qualitate non immutatâ.* — (3) Leg. 9, *ff. de Usuf.*, 7, 1.

taire, à moins que cette faculté ne lui soit donnée par son titre (1).

Enfin, il ne peut ni augmenter les choses, ni en rien retrancher, même sous prétexte d'amélioration (2).

426. Il ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée (3).

Il peut seulement, ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et autres ornemens qu'il aurait fait placer, à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état (599).

427. Mais il ne peut démolir un édifice qu'il aurait fait bâtir pour en enlever les matériaux, et remettre les choses dans le même état.

Ainsi, l'art. 599 contient une exception à l'art. 555, qui oblige le propriétaire, lorsqu'il opte pour la conservation des constructions faites sur son fonds par un tiers, à rembourser la valeur des matériaux et le prix de la main d'œuvre. L'ancienne jurisprudence était conforme à l'art. 599, en ce qui concerne les améliorations faites par l'usufruitier sur le fonds sujet à l'usufruit (4), ou par le bénéficier sur les fonds du bénéfice (5), quoiqu'en général on obligeât le propriétaire à rendre au tiers, même de mauvaise foi, les impenses nécessaires et mêmes les améliorations utiles, jusqu'à concurrence de la plus-value de l'héritage. Mais l'usufruitier qui bâtit ou améliore est censé avoir voulu gratifier le propriétaire : *donasse censetur* (*a*).

---

(1) Leg. 61, *eod. Usufructuarius novum rivum parietibus non potest imponere ædificium inchoatum, fructuarium consummare non posse, placet : etiamsi eo loco aliter uti non possit. Sed nec ejus quidem usumfructum esse, nisi in constituendo vel legando usufructu, hoc specialiter adjectum sit, ut utrumque ei liceat.*—(2) Leg. 7, §. ult, et loi 8, *ff. eod.* — (3) *Sed si quid inædificaverit postea, eum neque tollere hoc, neque refigere * posse : refixa planè posse vindicare.* Leg. 15, *ff. de Usuf.*, 7. 1. —(4) Pothier, *Traité du Douaire*, n° 276. — (5) *V.* Piales, *Traité des réparations*, tome 2, chap. 2, page 85. — (*a*) *Sic* Proudhon, tome 3, n° 1441 et 1442; rej., 23 mars 1825; Sirey, 25, 1, 414. Bourges, 24 février 1837; Sirey, 38, 2, 108. Cette interprétation me paraît bien rigoureuse : j'ai peine à croire que les rédacteurs du Code aient voulu comprendre ici parmi les améliorations, les bâtimens que l'usufruitier a fait construire, et les attribuer au propriétaire sans indemnité aucune. Améliorer, c'est rendre la chose qui existe plus utile, plus productive *rem meliorem facere* : mais celui qui établit une construction sur un terrain nu, fait plus qu'améliorer la chose, il crée en réalité un objet nouveau dont la valeur surpasse presque toujours celle du terrain. Comment d'ailleurs supposer que l'usufruitier ne pourra pas enlever ses constructions si le nu-propriétaire ne veut pas lui en rembourser la valeur, lorsque l'art. 599 lui permet d'enlever les glaces, les tableaux et autres ornemens qu'il aurait fait placer : on oppose que l'usufruitier qui bâtit est censé avoir voulu gratifier le propriétaire : *Donasse censetur*. On disait la même chose en droit romain du possesseur de mauvaise foi : mais le Code n'a pas admis cette présomption. *V* art. 555. Dans l'espèce, je ne pense pas qu'il soit permis de la suppléer. On ne peut raisonnablement traiter l'usufruitier plus mal que le possesseur de mau-

* *Refigere, quod fixum est convellere.*

428. Mais si le propriétaire n'est pas obligé de rembourser les impenses faites sans nécessité, et sur lesquelles il n'a pas été consulté, il est tenu d'en souffrir la compensation avec les dégradations qu'il prétendrait avoir été faites par l'usufruitier; car un héritage ne peut être censé détérioré que sous la déduction de ce dont il est amélioré (1).

429. Comme l'usufruitier recueille tous les fruits que produit la chose soumise à l'usufruit, tous les agrémens qu'elle procure, il est juste qu'il la répare et l'entretienne. Leg. 7, § 2, *de Usuf.*

Mais il n'est tenu que des réparations d'entretien; les grosses sont à la charge du propriétaire.

Les grosses réparations sont, suivant l'art. 606, celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures *entières.*

Celui des digues et des murs de soutènement et de clôture *aussi entier.*

Toutes les autres réparations sont d'entretien; c'est le principe général.

Ainsi, l'usufruitier doit toutes les réparations, à l'exception de celles qui sont énumérées dans cet article (2).

Il faut même remarquer que si une partie seulement des couvertures, des digues, des murs de soutenement ou de clôture a besoin d'être réparée, la réparation est à la charge de l'usufruitier (3).

Ce n'est que le rétablissement des couvertures entières, celui des digues, des murs de soutenement et de clôture, *aussi en entier*, qui est à la charge du propriétaire (4).

Au contraire, si une partie du mur était tombée de vétusté, ou par les suites d'une saison pluvieuse, l'usufruitier ne serait point tenu à cette réparation, car l'art. 607 ne distingue point entre ce qui est tombé en partie, et ce qui est tombé en totalité (*a*).

---

vaise foi. *V.* Duranton, tome 4, nos 379 et 380. Comp. Colmar, 13 janvier 1831; Sirey, 31, 2, 180: Dalloz, 31, 2, 36.

(1) Pothier, *du Douaire*, n° 277; *de la Propriété*, no 350; Maleville, sur l'art 599, tome 2, page 73. — (2) De là peut naître la question de savoir s'il faut comprendre dans les grosses réparations les cloisons et pans de bois, tant celles qui règnent de fond en comble, que celles qui séparent les appartemens et qui portent les planchers. *V.* Desgodets, sur l'art. 262 de la *Coutume de Paris*, page 488, et *ibi* Goupy. Je crois qu'oui; car le Code met les murs de soutenement au nombre des grosses réparations. Or, qu'importe que ces murs soient en pierres, en terre ou en bois? — (3) *V.* Desgodets, sur l'art. 262 de la *Coutume de Paris*, no 6. — (4) Nous verrons, dans le paragraphe suivant, s'il peut être contraint de faire ces réparations. — (*a*) Le nu-propriétaire peut contraindre l'usufruitier à faire pendant la durée de l'usufruit les réparations d'entretien, lorsque la nécessité en est reconnue; sans préjudice du droit qu'il a de demander la cessa-

430. Il faut encore remarquer que l'usufruitier n'est point obligé aux réparations d'entretien qu'il n'a pas reçues lors de son entrée en jouissance. L'état des immeubles qu'il est obligé de faire dresser avant d'y entrer, constate celles qui étaient alors manquantes. Il n'est tenu de rendre les choses ni pires ni meilleures. Si donc l'article 605 oblige l'usufruitier à toutes les réparations d'entretien, c'est qu'il suppose que les choses étaient en bon état au commencement de la jouissance (*a*).

431. L'usufruitier est tenu, pendant sa jouissance, de toutes les charges annuelles de l'héritage, telles que les contributions et autres qui, dans l'usage, sont censées charges des fruits (608).

Mais à l'égard des charges qui peuvent être imposées sur la propriété pendant la durée de l'usufruit, pour quelques causes que ce soit, le propriétaire est obligé d'en faire l'avance, et l'usufruitier doit lui tenir compte des intérêts.

Si elles sont avancées par l'usufruitier, il a la répétition du capital à la fin de l'usufruit (609), mais sans aucun intérêt.

432. C'est sur les mêmes principes que l'art. 612 a réglé le mode de contribution aux dettes de la succession, lorsque l'usufruitier est obligé d'y contribuer.

L'usufruitier à titre particulier n'est pas tenu de contribuer aux dettes et charges de la succession du testateur qui lui a légué l'usufruit; il n'est pas même tenu des dettes auxquelles le fonds soumis à l'usufruit est hypothéqué. S'il est forcé de les payer pour éviter l'abandon par hypothèque, il a son recours contre le propriétaire (*b*). Il en est de même lorsque l'usufruit est constitué par un acte entre vifs (*c*).

---

tion de l'usufruit pour abus de jouissance. Cass., 27 juin 1825; Sirey, 25, 1, 427. Montpellier, 7 juin 1831; Sirey, 32, 2, 10; Dalloz, 33, 2, 116. *Secùs* si les réparations ne sont que de peu d'importance et que le cautionnement fourni par l'usufruitier offre au propriétaire une garantie suffisante. Rej., 10 décembre 1828; Sirey, 29, 1, 14. Dalloz, 27, 1, 75. Toutefois l'usufruitier peut se dispenser de faire les réparations qui n'ont été causées ni par sa faute ni par sa négligence, en restituant les fruits qu'il a perçus. Pothier, *Traité du Douaire*, n° 237. Proudhon, tome 5, n°s 2184 et 2192. Duranton, tome 4, n° 623; Zachariæ, tome 2, § 228, n° 7.

(*a*) *Sic* Duranton, tome 4, n° 621; Zachariæ, tome 2, § 228, n° 4. Comp. Rej., 10 décembre 1828; Sirey, 29, 1, 14; Dalloz, 29, 1, 75. *Secùs* Proudhon, tome 4, n° 1658 et 1659. — (*b*) L'art. 611 ajoute : « sauf ce qui est dit à l'article 1020 au titre des Donations entre vifs et des testamens. » — (*c*) Lors de la discussion au Conseil d'état sur l'article 611 il fut décidé que les arrérages d'une rente constituée sur un fonds, c'est-à-dire sans doute d'une rente foncière, étaient à la charge de l'usufruitier particulier : cet e décision est certainement erronée relativement aux rentes qui ont été créées depuis la loi du 11 brumaire, an VII, qui a mobilisé toute espèce de redevances! « Toutes les rentes, comme l'a dit très bien M. Toullier n° 21 ci-dessus, sont aujourd'hui des créances qui

Mais l'usufruitier universel, ou à titre universel (*a*), est obligé de contribuer aux dettes avec les héritiers ou légataires du fonds, au même titre, au prorata de son émolument (871), sans pouvoir néanmoins en être tenu envers les créanciers au-delà de la valeur de l'usufruit; parce qu'à leur égard, il n'est jamais que donataire à titre particulier (1).

Mais comment fixer le prorata d'émolument? Il n'existait pas, sur ce point, de règle uniforme avant la promulgation du Code. Les jurisconsultes romains avaient essayé de donner à l'usufruit une évaluation approximative, séparée de celle du fonds, et l'on trouve des règles sur cette évaluation dans la loi 68, *ff. ad. leg. falcid.* (2).

Mais ces règles n'étaient pas suivies en France, ou ne l'étaient qu'avec des modifications très différentes. On pensait communément que l'évaluation devait varier suivant l'âge des usufruitiers. La loi du 13 pluviôse an VI, relative aux rentes viagères créées pendant la durée du papier-monnaie, était partie de ce principe, pour donner à ces rentes une valeur différente, suivant l'âge et le nombre des individus sur les têtes desquels elles étaient créées. L'usufruit peut aussi être créé sur plusieurs têtes.

Notre Coutume de Bretagne évaluait l'usufruit à la moitié de la valeur du fonds, sans avoir égard à l'âge ni au nombre des individus sur la tête desquels il était créé; et ce mode d'évaluation est encore suivi pour la perception des droits d'enregistrement, par la loi du 22 frimaire an VII (art. 14, §§ 9 et 11; art. 15, § 8).

Mais, outre le peu de justesse de cette évaluation, elle ne peut s'appliquer aux usufruits limités à un certain nombre d'années, ou qui doivent finir à l'événement d'une condition incertaine.

Notre célèbre d'Argentré (3) indiquait, pour faire contribuer l'usufruitier à titre universel aux dettes de la succession, un mode plus

---

n'affectent les héritages sur lesquelles elles sont assignées que par hypothèque, lorsqu'elles sont créées à prix d'argent ou par un acte de libéralité; et par privilége lorsqu'elles sont le prix du transport des fonds. » Quant à celles qui existaient antérieurement, les seules auxquelles on a sans doute entendu se référer, la question est peut-être plus délicate. Cependant, comme elles ont été également mobilisées par la loi précitée (*V.* Cass., 28 février 1832; Sirey, 32, 1, 869 et rej., 2 juillet 1833; Sirey, 33, 1, 546), je crois également que les arrérages ne doivent pas être à la charge de l'usufruitier à titre particulier. *V.* en ce sens Zachariæ, tome 2, § 228, n° 13. Duranton, tome 4, n° 624 *bis*. *V.* aussi *infrà*, tome 6, n° 451.

(*a*) Le legs d'usufruit n'est jamais qu'un legs particulier. Les expressions de légataire universel ou à titre universel de l'usufruit employées par l'art. 610 ne sont donc pas exactes. On doit les remplacer par celles-ci : légataire de l'usufruit universel ou à titre universel.— (1) *V.* Maleville, sur l'art. 612; Lacombe. *Jurisprudence civile*, v° Dettes, sect. 2, n° 13. — (2) *V.* Lacombe, v° Dettes, sect. 2, n° 8.— (3) Sur l'art. 218 de *l'ancienne Coutume*, gloss. 8, nos 16 et 17.

juste qu'une évaluation quelconque de l'usufruit, et applicable à tous les usufruits; c'est de commencer par vendre des biens jusqu'à la concurrence des dettes et d'asseoir ensuite l'usufruit sur le restant.

Ce mode est adopté par l'art. 612, mais avec quelque modification. On estime la valeur du fonds sujet à l'usufruit; on fixe ensuite la contribution aux dettes, à raison de cette valeur. Si, par exemple, le fonds sujet à l'usufruit est évalué 6,000 liv., et le surplus des biens aussi à 6,000 liv., la contribution de l'usufruitier est de la moitié des dettes. S'il veut avancer cette somme, le capital lui en est restitué à la fin de l'usufruit, sans aucun intérêt.

Si l'usufruitier ne veut pas faire cette avance, le propriétaire a le choix de payer cette somme, et dans ce cas, l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de l'usufruit, ou de faire vendre jusqu'à due concurrence une portion des biens soumis à l'usufruit (*a*).

433. Mais il y a certaines dettes qui sont entièrement à la charge de l'usufruitier pendant la durée de l'usufruit. Le legs fait par un testateur d'une rente viagère ou pension alimentaire, doit être acquitté par le légataire universel de l'usufruit sans aucune répétition (610) (*b*).

Si l'usufruit n'est qu'à titre universel, c'est-à-dire d'une quote part des biens, du quart, par exemple, du tiers ou de la moitié, l'usufruitier ne doit acquitter que le quart, le tiers ou la moitié de la rente viagère ou pension alimentaire.

Si le legs d'usufruit était d'une quotité des immeubles ou du mobilier, il faudrait faire l'évaluation de tous les biens pour fixer la contribution de l'usufruitier dans la proportion de sa jouissance.

434. Pour connaître si l'usufruitier est tenu des frais des procès relatifs aux biens soumis à l'usufruit, il faut distinguer. Il est seul tenu des frais des procès qui ne concernent que la jouissance, et des autres condamnations auxquels ces procès pourraient donner lieu (613), comme le propriétaire est seul tenu des frais des procès qui n'auraient pour objet que de le dépouiller de sa nue-propriété, en laissant subsister l'usufruit.

Mais si le procès avait pour objet la propriété et la jouissance, comme si le demandeur prétendait évincer le propriétaire de sa pro-

(*a*) Il ne peut être obligé de payer une quote part des dettes arbitrée d'après la valeur de la nue-propriété. Riom, 12 février 1830; Sirey, 30, 2, 384. —(*b*) L'usufruitier universel n'est pas toujours tenu d'acquitter entièrement la rente viagère ou la pension alimentaire. Cela n'est vrai qu'autant qu'il ne subit aucune réduction. Dans le cas contraire, la rente viagère ou la pension doit être réduite dans la même proportion que la jouissance. *V.* art. 926, à moins toutefois que le testateur n'ait déclaré expressément qu'il entendait que ces legs fussent acquittés de préférence aux autres. Art. 927.

priété, et l'usufruitier de sa jouissance, il est évident que l'usufruitier devrait contribuer aux frais, comme l'observe M. Maleville; mais dans quelle proportion?

Il paraît qu'il faut recourir à la règle équitable établie par l'article 612 (*a*); le propriétaire doit faire les avances des frais, et l'usufruitier lui tenir compte des intérêts pendant la durée de l'usufruit.

Si le propriétaire ne veut pas faire les avances, et préfère souffrir une éviction plutôt que de soutenir un procès, l'usufruitier peut faire les avances afin de conserver son droit; et, en cas de succès, le capital des avances légitimes dont la loi n'accorde pas la reprise contre l'adversaire qui succombe, sera restitué par le propriétaire à la fin de l'usufruit, mais sans aucun intérêt (*b*).

Ce que nous venons de dire sur les frais des procès ne doit s'appliquer qu'au cas de l'usufruit constitué à titre gratuit; s'il est constitué à titre onéreux, par exemple, si Pierre avait vendu à Paul l'usufruit de sa maison, il est évident qu'il devait garantir Paul de toute éviction, et par conséquent soutenir seul, et à ses frais, les procès relatifs tant à la propriété du fonds qu'à la jouissance.

435. L'usufruitier est garant non-seulement des dégradations commises par lui-même ou par ceux dont il doit répondre, mais encore des usurpations commises par des tiers, lorsqu'il n'a pas averti le propriétaire (614).

Ainsi, il répondrait des servitudes passives qu'il aurait laissé acquérir par prescription, et des servitudes actives qu'il aurait laissé s'éteindre par le non-usage (1).

436. Si le troupeau sur lequel un usufruit a été établi périt en-

---

(*a*) Il faut lire : l'art. 609. — (*b*) Je ne vois pas pourquoi lorsque le propriétaire et l'usufruitier sont actionnés à la fois, que les deux instances sont réunies, on suivrait pour l'acquittement des frais un système différent de celui que l'on croit devoir adopter lorsque les instances sont formées successivement et séparément. Dans ce dernier cas, le propriétaire et l'usufruitier qui succombent doivent supporter tous les frais du procès dans lequel chacun d'eux a été partie. Même décision pour les frais non recouvrables, lorsqu'ils ont obtenu gain de cause : ces deux points sont à l'abri de toute controverse. Il ne faut pas oublier que dans l'espèce proposée l'usufruitier n'a droit à aucune garantie contre le propriétaire (*V.* le § dernier du texte). Si l'on suppose que les deux procès ont été réunis et qu'un même jugement les a terminés : il n'y a pas de raison pour qu'on suive un procédé différent : par conséquent chacun paiera ses frais. Relativement aux frais du demandeur qui aura obtenu gain de cause, ils seront supportés par moitié et non proportionnellement; car il n'existe ni société, ni communauté entre l'usufruitier et le propriétaire et j'ajoute que si ce dernier ne veut point soutenir le procès, l'usufruitier devra se borner à plaider pour son compte, car il n'a pas qualité pour répondre aux demandes qui concernent la propriété. — (1) Leg. 15, § *ult. ff. de Usuf.*; Lacombe, v° Usufruit, sect. 2, n° 6.

tièrement par accident ou par maladie, et sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est tenu envers le propriétaire que de lui rendre compte des cuirs ou de leur valeur (*a*).

Si le troupeau ne périt pas entièrement, l'usufruitier est tenu de remplacer, jusqu'à concurrence du croît (1), les têtes des animaux qui ont péri (616).

Mais s'il n'y a pas de croît, l'usufruitier n'est pas obligé au remplacement (2).

L'obligation de remplacer les têtes mortes, même du croît des autres, n'a pas lieu quand l'usufruit n'est point établi sur une universalité, mais seulement sur un nombre certain de bêtes (3).

De même, si l'usufruit n'est établi que sur un animal qui vient à périr sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est pas tenu d'en rendre un autre, ni d'en payer l'estimation (615) : il doit faire constater la mort, et représenter le cuir ou sa valeur.

## SECTION V.

*Des obligations du propriétaire.*

### SOMMAIRE.

437. Il ne doit apporter ni obstacle, ni préjudice à la jouissance de l'usufruitier.
438. Il peut vendre la nue propriété, et faire tous les actes qui tendent à conserver l'héritage, établir des gardes, etc.
439. S'il peut imposer des servitudes.
440. Il doit accorder les passages nécessaires.
441. Il ne peut détruire des bâtimens, ni abattre des arbres sans nécessité.
442. Ni faire des constructions nouvelles sans nécessité.
443. Peut-il être contraint de faire les grosses réparations?
444. Motifs d'équité en faveur de la solution.

437. On peut réduire toutes les obligations du propriétaire à un

(*a*) Il est même libéré de cette dernière obligation si, comme il arrive souvent dans les épizooties, les animaux morts ont dû être enfouis, par mesure de police. — (1) *Si decesserit fœtus periculum erit fructuarii, non proprietarii; et necesse habebit alios fœtus submittere.* Leg. 70, § 2, *ff. de Usuf.*, 7. 1. — (2) *V.* le *Nouveau Répertoire*, v° Usufruit, § 2, n° 6. — [ Le remplaçement doit s'opérer non-seulement avec le croît à venir, mais encore avec celui qui a déjà été perçu par l'usufruitier. Leg. 70, § 4, *ff. de Usuf.*, et *ibi* Pothier; Proudhon, tome 3, n° 1095; Zachariæ, tome 2, § 227, n° 12. Comp. toutefois Duranton, tome 4, n° 630. L'usufruitier doit également remplacer jusqu'à concurrence du croît, les bêtes vieilles et décrépites : *Debebit in locum capitum inutilium alia submittere.* Cette obligation dérive de celle qui lui est imposée de jouir en bon père de famille. Mais il est bien entendu que les bêtes remplacées deviennent sa propriété : *Sicut substituta statim domini fiunt; ita priora quoque ex naturâ fructûs, desinunt ejus esse.* L. 69, *ff de Usuf.* ] — (3) *Sed quod dicitur* debere eum submittere, *toties verum est, quoties gregis vel armenti, vel equitii, id est, universitatis ususfructus legatus est; cæterùm, si singulorum capitum, nihil supplebit.* Leg. 70, § 3, *ff.* 2, *de Usuf.*, 7, 1.

seul point; c'est de n'apporter aucun trouble, aucun obstacle, aucun préjudice à la jouissance de l'usufruitier.

Ce principe est fondé sur la nature de l'usufruit, qui est une servitude, une obligation réelle due par la chose, indépendamment de la personne du possesseur ou propriétaire, lequel n'est obligé qu'à laisser faire ou s'abstenir de faire lui-même certains actes.

De là il suit que « le propriétaire, comme dit l'art. 599, ne peut « par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits « de l'usufruitier. »

Ainsi, il ne peut ni détériorer la chose, ni même en changer l'état, sans le consentement de l'usufruitier.

438. Mais il peut vendre la nue propriété du fonds, parce que la vente de la chose sujette à l'usufruit ne fait aucun changement dans le droit de l'usufruitier; il continue de jouir de son usufruit, s'il n'y a pas formellement renoncé (261).

Le propriétaire peut aussi, même contre le gré de l'usufruitier, faire tous les actes qui tendent à la conservation de l'héritage; ainsi il peut établir à ses frais un garde forestier, ou un garde champêtre, quoiqu'il n'y en eût point d'établis avant la constitution de l'usufruit.

Quant à ceux qui l'étaient auparavant, ils doivent être payés par l'usufruitier.

439. Le propriétaire ne peut imposer aucune servitude sur le fonds, à moins qu'il ne le fasse sans nuire à l'usufruitier; par exemple, celui-ci ne pouvant rien bâtir de nouveau, il ne peut empêcher que le propriétaire assujettisse le fonds à la servitude, *altiùs non tollendi* (1).

Lorsque l'héritage voisin est grevé d'une servitude envers le fonds soumis à l'usufruit, le propriétaire ne peut l'en décharger (2).

440. Le propriétaire qui a constitué l'usufruit, ou son héritier, est obligé d'accorder sur ses autres fonds, ou sur ceux de la succession, toutes les servitudes nécessaires à la jouissance de l'usufruitier, mais non pas celles qui ne feraient que rendre sa jouissance plus commode (3).

Si un testateur a légué l'usufruit d'un héritage où l'on ne puisse entrer que par un autre fonds de sa succession, et que cet autre fonds demeure à l'héritier, ou qu'il soit donné à un autre légataire, cet héritier ou ce légataire sera obligé de souffrir la servitude du passage, tel qu'il sera nécessaire pour la culture et la jouissance de l'héritage sujet à l'usufruit (4); car la constitution d'un usufruit con-

(1) Leg. 15, § 7 : *leg.* 16, *ff. de Usuf.*, 7, 1. — (2) Leg. 2, *ff. si Usuf pet.*, 7, 6. — (3) Leg. 1, §§ 1 *et* 4, *ff. si Usuf. pet.*, 7, 6. — (4) Domat, de l'*Usufruit*, sect. 1, n° 14, et les lois qu'il cite.

tient nécessairement la concession des droits sans lequels l'usufruitier ne peut jouir. Leg. 1, § 1, *ff. si Ususfr. petatur.*

441. Le propriétaire ne peut rien détruire de ce qui existe sur l'héritage au moment de l'ouverture de l'usufruit.

Il ne peut donc abattre sans nécessité les arbres de haute futaie et autres, même les arbres épars sur les haies ou dans les champs, ce serait détruire l'usufruit dont ils sont grevés, et nuire à la jouissance de l'usufruitier, en le privant de l'agrément qu'ils peuvent lui procurer, et des menus profits qu'il peut en retirer.

Cependant, s'il était nécessaire d'abattre un bois de futaie pour en empêcher le dépérissement et la perte, il pourrait en disposer, en dédommageant l'usufruitier (1).

Mais le propriétaire peut, sans payer aucun dédommagement, abattre les arbres nécessaires pour les réparations.

Non-seulement il ne peut rien détruire de ce qui existait lors de l'ouverture de l'usufruit, mais il ne peut même enlever ou abattre les arbres qu'il aurait plantés, ni démolir les édifices qu'il aurait fait construire depuis cette ouverture. L'usufruitier pourrait s'opposer à cet enlèvement ou à cette démolition (2).

442. Le propriétaire ne peut aussi, contre le gré de l'usufruitier, faire sur l'héritage grevé d'usufruit aucune construction nouvelle sans nécessité.

Ainsi, il ne peut ni construire un édifice sur une place nue, ni élever d'un étage une maison déjà existante (3). L'usufruitier a le droit de jouir des choses dans l'état où elles se trouvaient au commencement de l'usufruit.

Mais le propriétaire peut bâtir sur ses autres héritages voisins ou contigus, ou exhausser une maison adjacente à celle qui est soumise à l'usufruit, quoiqu'en le faisant il diminue la valeur de cette dernière, à moins que l'exhaussement ne rendît la maison de l'usufruitier tellement obscure, qu'il ne fût plus possible de l'habiter (4).

A l'égard des constructions nécessaires pour la conservation de l'héritage, telles que les grosses réparations, il est évident que l'usufruitier ne peut empêcher le propriétaire de les faire.

443. Mais peut-il l'y contraindre? Peut-il obliger le propriétaire

---

(1) Le *Nouveau Répertoire*, vo Usufruit, § 3, no 3; Pothier, *du Douaire*, no 240; *leg.* 12, *ff. de Usu et usuf. per leg. vel fideicom. datis*, 33, 2. *V.* un arrêt de la Cour royale de Poitiers, du 2 avril 1818, Sirey, tome 18, 2e part., page 200. — (2) Leg. 12, *ff. de Usuf, leg.*, 33. 2; Pothier, no 240, *in fin.* — [ *V.* aussi Duranton, tome 4, no 590 à la note. ] — (3) Leg. 7, § *ult.*, *de Usuf.*, 7. 1, *leg.* 5, § *ult.*, *quib. mod. Usuf.*, 7. 4; Pothier, no 241, etc. — (4) Leg. 30, *ff. de Usuf.* 7. 1; Pothier, no 241.

de faire les grosses réparations manquantes au commencement de l'usufruit, et celles qui surviennent pendant sa durée? Ces deux questions méritent un examen sérieux, parce que les opinions ne paraissent pas fixées.

Quant à la première, Domat pose en principe (1) que le propriétaire n'est pas tenu de faire les réparations, ou de remettre en bon état ce qui se trouve démoli ou endommagé *au temps que l'usufruit est acquis*, à moins que ce ne fût par son fait, ou qu'il ne fût chargé par le titre de remettre les choses en bon état. L'usufruitier est restreint au droit de jouir de la chose en l'état qu'elle est au moment où ce droit lui est acquis, de même que celui qui acquiert la propriété d'une chose ne doit l'avoir que telle qu'elle était lorsqu'il l'a acquise (art. 1614 du Code).

Ce principe, que Domat a puisé dans le droit romain, a été consacré par l'art. 600, qui porte que « l'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont. »

Il ne peut donc obliger le propriétaire de les remettre en bon état ou de faire les réparations; la conséquence est directe et nécessaire.

Mais on oppose l'art. 605, qui porte « que les grosses réparations « *demeurent à la charge du propriétaire*, à moins qu'elles n'aient « été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien, depuis « l'ouverture de l'usufruit. »

Si l'on voulait conclure de cette disposition qu'à l'ouverture de l'usufruit, le propriétaire peut être contraint de faire les grosses réparations, ou de remettre les choses en bon état, il y aurait antinomie évidente entre l'art. 605 et l'art. 600. Puisque l'usufruitier ne prendrait plus les choses dans l'état où elles sont à l'ouverture de son droit, il pourrait obliger le propriétaire à les mettre en bon état. Or, on ne peut supposer une contradiction si frappante entre deux articles si rapprochés. Il faut donc prendre l'art. 605 dans son sens naturel, qui n'est point impératif. Le but de cet article est de fixer l'obligation de l'usufruitier relativement aux réparations. L'article dit *qu'il n'est tenu qu'aux réparations d'entretien.*

Puis il ajoute que les grosses demeurent à la charge du propriétaire; bien entendu s'il juge à propos de les faire. Mais s'il ne le veut pas, y peut-il être contraint? C'est ce que l'art. 605 ne dit point, et ce qu'il ne pouvait dire sans être en contradiction avec l'art. 600, qui porte que l'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont.

---

(1) De l'*Usufruit*, sect. 5, n° 5, page 114. Il cite la loi 65, § 1, *ff. de Usuf. Non magis hæres reficere debet quod vetustate deterius factum reliquisset testator, quàm si proprietatem alicui testator legasset.*

Il paraît donc que, suivant le Code civil, l'usufruitier ne peut contraindre le propriétaire de faire les grosses réparations manquantes à l'ouverture de l'usufruit ou de mettre les choses en bon état. Cette disposition, au reste, est fondée sur la nature de l'usufruit, qui est dû par la chose et non par la personne, comme nous l'avons vu ci-dessus : c'est l'héritage ou le fonds qui est seul obligé, et non la personne du propriétaire.

Pothier (1) établit aussi en principe, comme Domat, que l'usufruitier ne peut contraindre le propriétaire de faire les grosses réparations manquantes au commencement de l'usufruit. Mais il fait une exception ou dérogation à ce principe en faveur de la veuve douairière; et cette exception, il la fonde sur l'obligation personnelle que contractait le mari envers sa femme de lui laisser, après sa mort, l'usufruit des héritages que la coutume ou la convention lui assignait pour son douaire. Il pense que cette première obligation en renfermait une seconde, de faire toutes les réparations jusqu'au temps de l'ouverture du douaire.

Duparc-Poullain (2) enseignait, comme Pothier, que les héritiers du mari sont obligés de mettre *en bon état de jouissance* les biens compris dans le douaire.

Sans examiner si leurs raisons sont bien solides, il suffit d'observer qu'elles ne peuvent être aujourd'hui d'aucune considération, parce que, loin que la loi impose au propriétaire l'obligation que l'ancienne jurisprudence imposait au mari, l'art. 600 veut que *l'usufruitier prenne les choses dans l'état où elles sont.*

Ce principe est posé d'une manière générale, sans distinguer la manière dont l'usufruit est établi, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, par acte entre vifs ou par testament.

Si Paul a vendu à Pierre l'usufruit d'une maison de campagne, il n'est censé avoir vendu que dans l'état où était la maison au moment du contrat. Il n'est pas plus obligé de faire les réparations manquantes, qu'il ne serait obligé de les faire s'il avait vendu la propriété (1614) : c'est le raisonnement du judicieux et profond Domat, parce qu'en effet l'usufruit est une partie de la propriété.

Il faut en dire autant du cas où le propriétaire a vendu la nue propriété en se réservant l'usufruit, de celui où l'usufruit est constitué par donation entre vifs ou par testament : *Non magis hæres reficere*

(1) *Traité du Douaire*, n° 239. — (2) *Principes du droit*, tome 5, page 324, n° 411. *V.* aussi Desgodets, sur l'art. 262 de la *Coutume de Paris*. La *Coutume de Vermandois*, art. 47, oblige le propriétaire de faire faire les grosses réparations à ses dépens.

*debet quod vetustate deterius factum reliquisset testator, quàm si proprietatem alicui testator legasset.* Leg. 65, § 1, *de Usufr.*, 7, 1.

On trouve dans l'ancienne jurisprudence (1) un arrêt qui semble, au premier coup d'œil, s'écarter de ces principes; ils n'étaient point alors fixés par une loi positive et précise, comme il le sont par le Code.

Le sieur de Boissière avait vendu au sieur de Plouy la nue propriété des terres d'Acheuz et d'Achery, avec réserve d'usufruit en faveur du vendeur et de sa femme. Il mourut quinze jours après la vente, et la dame de Boissière demanda la visite des bâtimens. Il en résulta qu'il y avait à faire *des reconstructions et des réparations* qui formaient un objet considérable.

La dame de Boissière demanda ensuite que le sieur Plouy fît faire toutes *reconstructions* et réparations.

Il soutint qu'il n'était obligé de livrer l'usufruit des bâtimens que dans l'état où il venait d'en acquérir la propriété.

Néanmoins, c'est une circonstance à remarquer, il offrait subsidiairement de rembourser le montant des réparations après l'usufruit fini.

Par arrêt du Parlement de Paris, rendu le 5 août 1755, il fût ordonné que la dame de Boissière serait tenue de faire ces réparations, à la charge par le sieur de Plouy d'en rembourser le montant après le décès de la dame de Boissière, si mieux elle n'aimait consentir qu'elles fussent faites par le sieur de Plouy, auquel cas elle serait tenue de lui payer l'intérêt du montant desdites réparations pendant sa vie.

Dans l'espèce de cet arrêt, comme nous l'avons déjà remarqué, le sieur Plouy consentait à ce que les reconstructions et réparations fussent faites : il offrait d'en rembourser le montant après l'usufruit fini. L'arrêt n'a donc point jugé que le propriétaire fût tenu de faire les reconstructions et réparations manquantes à l'ouverture de l'usufruit; mais seulement que, dans le cas où il consent qu'elles soient faites, il est obligé de les payer, et que l'usufruitier doit lui tenir compte des intérêts, si mieux n'aime l'usufruitier en avancer le montant pour être remboursé à la fin de l'usufruit, comme l'ordonne l'article 609 du Code civil, à l'égard des charges qui peuvent être imposées sur la propriété pendant la durée de l'usufruit.

Cet arrêt n'élève donc aucun préjugé contre le principe que le propriétaire ne peut être contraint de faire les réparations manquantes au commencement de l'usufruit. D'ailleurs, il est antérieur au Code civil, qui a fixé le principe par une disposition précise.

(1) Denisart, v° Usufruit.

Voyons maintenant si le propriétaire peut être contraint à faire les grosses réparations et reconstructions qui peuvent survenir pendant la durée de l'usufruit.

L'art. 605 dit que les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire. Mais nous avons déjà remarqué que cette disposition n'est pas impérative; qu'elle a pour but de limiter les obligations de l'usufruitier aux réparations d'entretien, et que les grosses ne sont à la charge du propriétaire, que dans le cas qu'il juge à propos de les faire pour la conservation de sa propriété.

C'est de cette manière que le sens de cet article est expliqué et fixé par l'art. 607, qui en est une suite. Ce dernier article porte que « ni le propriétaire ni l'usufruitier ne sont tenus de rebâtir *ce qui est* « tombé de vétusté, ou ce qui est detruit par cas fortuit. »

Remarquez que cette disposition est générale; qu'elle ne s'applique pas seulement au cas de la chute ou de la destruction totale de l'édifice, mais encore au cas plus ordinaire où une portion seulement est tombée par vétusté et détruite par cas fortuit; l'usufruit se conserve sur ce qui reste, sans que le propriétaire soit tenu de réparer et de rétablir les choses en bon état.

Or, il est difficile d'imaginer de grosses réparations qui ne soient pas occasionnées par l'une ou l'autre de ces deux causes, la vétusté ou le cas fortuit, à moins qu'elles ne le soient par une faute que devrait réparer celui qui l'aurait commise.

Il paraît donc que, sous l'empire du Code, l'usufruitier ne peut contraindre le propriétaire à faire les grosses réparations survenues pendant la durée de l'usufruit.

Pothier (1) et plusieurs autres décidaient, sous l'ancienne législation, que, dans le cas du douaire, l'héritier du mari était obligé de faire toutes les grosses réparations survenues pendant la durée de l'usufruit, toujours par la raison que le mari ayant contracté envers sa femme l'obligation de lui laisser après sa mort la jouissance des héritages qui doivent composer le douaire, l'héritier du mari succédait à cette obligation.

Néanmoins, Pothier pensait que si la maison avait péri ou tombé en totalité, l'héritier du mari n'était pas obligé de la rebâtir. C'est au seul cas d'une chute totale que cet auteur veut borner (2) la

(1) *Du Douaire*, nº 246. — (2) Il ne paraît pas possible d'admettre cette limitation, même dans le droit romain. Le texte de la loi y résiste, *si quæ vetustate corruissent*, ou, comme dit la loi 65, § 1, *de Usuf.*, 7. 1, *quod vetustate jam deterius factum*. La loi ne dit pas, *si quæ ædes vetustate corruissent*. Cicéron, *in Topicis*, nº 13, distingue fort bien le cas de la chute totale et celui des grosses réparations : « *Si ædes eæ* corruerunt, vitiumve fecerunt, *quarum usus-* « *fructus legatus est, hæres restituere non debet nec reficere.* »

disposition de la loi 7, § 2, *ff. de Usuf.*, où Ulpien dit : « *Si quæ « vetustate corruissent neutrum cogi reficere.* »

Mais nous avons vu que l'art. 607 n'est pas susceptible d'une pareille limitation : ses expressions semblent choisies exprès pour la proscrire. Ce n'est pas *la maison* tombée de vétusté ou détruite par cas fortuit que le propriétaire n'est pas tenu de rebâtir; mais, dit l'article, *ce qui est* tombé de vétusté; expression qui s'applique naturellement à la chute d'une partie, aussi bien que de la totalité de la maison. On ne doit pas faire une distinction que la loi n'a point faite, et qui est même contraire au texte de la loi.

Si l'on objectait que le mot *rebâtir* ne peut s'entendre que d'une chute totale de la maison, qu'on *répare* ce qui est détruit en partie, et qu'on *rebâtit* ce qui l'est en totalité; que, par conséquent, l'article 607 ne peut s'entendre que d'une entière reconstruction, nous répondrions que si l'un des murs de la maison seulement est tombé de vétusté, on le *rebâtit*, on le reconstruit : il en est de même d'un pavillon ou de toute autre partie de la maison. Ainsi, l'art. 607 doit s'entendre d'une chute ou destruction partielle, aussi bien que d'une totale, puisqu'il n'a point fait de distinction. On ne peut donc appliquer à l'usufruit, sous l'empire du Code, ce que disent Pothier et les auteurs français en faveur de la douairière.

Un arrêt rendu par le Parlement de Paris, le 2 avril 1761 (1), jugea que les sieur et dame d'Aulnay, qui avaient vendu la nue propriété de la terre d'Aulnay en Champagne, au sieur Masson de Maison-Rouge, pouvaient exiger de lui, et de ses créanciers unis, la reconstruction d'une grange et d'une bergerie tombées de vétusté quelques années après la vente.

Cet arrêt est évidemment contraire aux principes du Code. L'usufruitier demandait que le propriétaire rétablît une grange et une bergerie (2) entièrement *tombées de vétusté*. Or, suivant l'art. 607, ni le propriétaire, ni l'usufruitier, ne sont tenus de rebâtir ce qui est tombé de vétusté. Un pareil arrêt serait cassé, s'il était rendu sous l'empire du Code.

Il résulte de cette discussion que, suivant les principes du Code, l'usufruitier ne peut contraindre le propriétaire à faire les grosses réparations, ni au commencement ni pendant la durée de l'usufruit (*a*).

(1) Denisart, vo Usufruit. — (2) Suivant la loi 50, *ff. de Usuf.*, 7, 1, cette reconstruction regardait l'usufruitier.—[Cette proposition est inexacte: elle ne résulte nullement de la loi indiquée.] — (*a*) Le propriétaire, qui a pris l'engagement de faire exécuter les grosses réparations, peut s'en affranchir par l'abandon de la propriété. *V.* article 699. Il est vrai que cet article ne parle que des servitudes réelles, mais la raison de décider est la même. *V.* Duranton, tome 4, n° 617.

444. Cette décision peut paraître dure à ceux qui sont imbus de l'ancienne doctrine relativement au douaire; ils trouvent peu juste que le propriétaire puisse refuser des grosses réparations qu'il ne manquerait pas de faire, si la maison n'était pas grevée d'usufruit, et qu'il ne refuse que parce qu'il sait que l'usufruitier sera obligé de les faire pour jouir de la maison, laquelle, sans ces réparations, serait peut-être inhabitable.

Mais serait-il plus juste de contraindre le propriétaire à des dépenses considérables, pour une maison dont il ne retire aucun profit, dont souvent il n'a pas même l'espoir de rien retirer pendant sa vie; pour une maison que peut-être il ne réparerait point, quand même elle ne serait pas grevée d'usufruit; qu'il a quelquefois le projet d'abattre, en tout ou au moins en partie, parce que sa grandeur est disproportionnée à sa fortune; par exemple, une maison de campagne qu'il ne peut habiter, et qui se trouve située dans un lieu où elle n'a pas de valeur locative?

C'est ainsi que nous voyons des propriétaires, même opulens négliger et souvent laisser tomber en ruines des maisons qu'ils n'occupent point, et dont l'entretien est dispendieux.

Forcé de prononcer entre l'usufruitier, qui ne trouve jamais assez de réparations pour sa commodité, et le propriétaire, qui trouve toujours en faire trop sur une propriété stérile, le législateur a dû s'en tenir au principe. L'usufruit est dû par la chose et non par la personne du propriétaire, qui n'est obligé qu'à laisser jouir l'usufruitier, et à n'apporter aucun trouble, aucun obstacle à sa jouissance.

D'ailleurs, il reste une ressource à l'usufruitier; c'est d'avancer les frais des réparations nécessaires à sa jouissance. S'il n'est tenu qu'aux réparations d'entretien, il ne lui est pas défendu de faire les autres; et s'il les fait, il en aura reprise à la fin de l'usufruit, parce que ces réparations sont à la charge du propriétaire. Celui-ci ne pourrait lui opposer l'art. 599, qui refuse à l'usufruitier, lors de la cessation de l'usufruit, une indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites; car des réparations ne sont pas des améliorations, mais des dépenses nécessaires pour la conservation de la chose (1).

En un mot, il est plus juste de laisser l'usufruitier avancer, s'il le veut, sauf le remboursement, s'il y a lieu, à la fin de l'usufruit, la dépense des grosses réparations faites pour son utilité ou son agrément, que de lui permettre de contraindre le propriétaire à sacrifier

(1) Il faut voir Bourjon, au titre de l'*Usufruit*, chap. 4. n° 8. Il prétend que la répétition ne s'étend pas à ce que les réparations ont coûté, mais à ce qu'elles valent au temps de la cessation do l'usufruit.

son aisance, peut-être à vendre, pour réparer une maison dont il est au moins douteux qu'il retire jamais aucun profit (*a*).

## SECTION VI.

*Comment l'usufruit prend fin.*

SOMMAIRE.

445. Division de la section.

445. Si l'usufruit pouvait être pour toujours séparé de la propriété, elle ne serait plus qu'un vain nom, et deviendrait parfaitement inutile. On a donc voulu qu'il ne pût être perpétuel, et qu'il s'éteignît par divers moyens, les uns tirés de la nature des choses, les autres de la disposition de la loi. Ces moyens sont :

1° La mort naturelle ou civile de l'usufruitier;

2° La mort naturelle du tiers sur la tête duquel il a été constitué;

3° L'expiration du temps fixé pour sa durée, ou l'événement de la condition résolutoire;

4° La consolidation;

5° La prescription résultant du non-usage pendant trente ans;

6° Le laps de trente ans, lorsque l'usufruit est établi en faveur d'établissemens publics, ou la suppression de ces établissemens;

7° La perte totale de la chose;

8° L'abdication ou la renonciation de l'usufruitier à ce droit;

9° La résolution du droit de celui qui avait constitué l'usufruit;

10° L'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance (*b*).

(*a*) Comp. Rejet, 29 juin 1835. Sirey 36, 1, 31. Toutefois, il est à voir que permettre à l'usufruitier de faire les grosses réparations, en lui accordant à la fin de l'usufruit un recours contre le propriétaire, c'est obliger indirectement celui-ci à les faire. Sans doute, en pareil cas, les dépenses que l'usufruitier a faites profitent au propriétaire, puisqu'en définitive elles ont conservé sa chose; il paraît donc juste qu'il en recouvre le montant; qu'il soit traité, en un mot, comme un gérant d'affaires (art. 1375). Peut-être cette décision doit-elle être restreinte au cas, où les dépenses ont procuré quelque avantage au propriétaire, et par conséquent, il ne faudrait pas l'appliquer à celles qui auraient été faites contre son gré; par exemple, à des bâtimens inutiles, et dont l'entretien est dispendieux (*V.* L. 10, § 1 *ff. de Negot. gest.*). Comp. sur cette question, Douai, 2 décembre 1834. Sirey 35, 2, 29. Rej. 29 juin 1835. Sirey 36, 1, 34. Dall. 35, 1, 435. — (*b*) Ces moyens d'extinction ne peuvent s'appliquer tous au quasi-usufruit. Il est sensible qu'il ne doit cesser ni par la perte totale de la chose, ni par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, ni même toujours par la résolution du droit de celui qui avait constitué l'usufruit.

## § I.

### De la mort naturelle ou civile de l'usufruitier.

SOMMAIRE.

446. Pourquoi l'usufruit s'éteint par la mort civile de l'usufruitier, quoiqu'il en soit autrement de la rente viagère.

447. *Quid*, si l'usufruit est constitué en faveur d'une personne et de ses héritiers?

448. De l'accroissement en matière d'usufruit.

446. L'usufruit étant attaché à la personne de l'usufruitier, il s'éteint au moment de sa mort naturelle (617), pour se réunir à la propriété.

Il s'éteint également par la mort civile (1) de l'usufruitier, qui perd la propriété de tous les biens qu'il possédait (25).

On peut trouver étonnant que l'usufruit s'éteigne par la mort civile de l'usufruitier, tandis que la rente viagère ne s'éteint que par la mort naturelle, et non par la mort civile du propriétaire de cette rente (1982).

Le Code a, sur ce point, suivi le droit romain, où l'on trouve cette différence établie entre l'usufruit, l'habitation et le legs annuel ou de mois en mois, *legatum in annos, vel menses singulos relictum*, qu'on peut comparer à notre rente viagère. L'usufruit s'éteignait par les grands changemens d'état, qui entraînaient la perte de la liberté ou des droits de cité, *mediâ et maximâ capitis diminutione* (*a*).

Au lieu que l'habitation et le legs annuel ne s'éteignaient que par la mort naturelle et non par la mort civile, *mediâ et maximâ capitis diminutione*.

Le jurisconsulte Modestin en donne pour motif que l'habitation et le legs annuel consistent en fait plutôt qu'en droit, *in facto potiùs quàm in jure consistit*. Leg. 10, *ff. de Capite minutis*.

Mais cette raison de différence n'est qu'une subtilité, comme l'a remarqué un jurisconsulte célèbre (2); ou plutôt elle ne consiste que dans l'abus des mots.

---

(1) *V.* Richer, *Traité de la mort civile*, page 433. — (*a*) Dans l'ancien droit romain l'usufruit cessait aussi par la *minima capitis diminutione*. *V.* Paul, *Sententiæ*, liv. 3, t. 6, § 29, et liv. 16 et 17, *Cod. de Usuf.* — (2) *V.* Heinec., *Recitat. in elem. jur. civ.*, § 431. Cet ouvrage, dont M. Dupin a publié une bonne édition en deux volumes in-8, se trouve à Paris, chez Warée. Cet auteur pense que la raison de Modestin n'est qu'une subtilité, et que la véritable raison vient de la différence que faisaient les Romains, *inter dominium bonitarium et dominium quiritarium*. L'usufruit était dû par droit civil, *ex jure quiritum*. On le perdait en perdant le droit de cité ou la liberté. Le droit d'habitation était du droit des gens, parce que les étrangers pouvaient habiter à Rome. — [Il faut entendre le passage de Modestinus en ce sens, que les legs, dont il s'agit,

La rente viagère, comme l'usufruit, consiste en fait et en droit. La faculté d'en exiger le paiement est un droit, le paiement est un fait.

De même, dans l'usufruit, la faculté de recueillir les fruits est un droit, et l'action de les recueillir un fait.

Il faut en dire autant de l'habitation, dont la nature est absolument la même que celle de l'usufruit. L'un et l'autre sont un droit réel, une servitude personnelle ou mixte.

Les dispositions différentes des art. 617 et 1982 forment donc une sorte de disparate, qu'on désirerait voir disparaître pour la perfection d'un Code qui doit servir de modèle. Il faudrait ou que l'usufruit ne s'éteignît, comme la rente viagère, que par la mort naturelle et non par la mort civile, ce qui semble le plus raisonnable et le plus juste (1), ou que la rente viagère s'éteignît aussi par la mort civile.

Il y a pourtant une différence réelle dans la nature de l'usufruit et de la rente viagère, en ce que l'un est un droit réel, une portion de la propriété, l'autre n'est qu'une créance, pour sûreté de laquelle on peut seulement donner une hypothèque, et en certains cas un privilége.

---

étaient considérés comme ayant pour objet non un droit unique, susceptible de s'acquérir en une seule fois, *eo solo tempore quo vindicabantur ;* mais bien des jouissances successives, *quot annis vel mensibus constituebantur vel legabantur.* Ainsi, la disposition comprenait non pas un seul legs, mais une série de legs. L'incapacité, dont le légataire eût pu se trouver frappé à l'échéance de quelques-uns de ces legs, ne pouvait l'empêcher de recueillir ceux qui venaient à échoir depuis qu'elle avait cessé. Il en était autrement en matière de legs d'usufruit, parce ce legs était considéré comme ne formant qu'un seule disposition. Ajoutons toutefois que plusieurs jurisconsultes soutenaient que le legs d'usufruit n'était également qu'un legs de jouissances successives, *quotidiè constituitur et legatur.* C'est ainsi que l'on explique pourquoi l'accroissement avait lieu même après que l'usufruit s'était réalisé sur la tête des divers ayant-droit. *V.* liv. 1, § 3. *ff. de Usuf. adcress.*]

(1) Maleville trouve si injuste que l'usufruit s'éteigne par la mort civile, que, suivant lui, l'équité exige que le propriétaire donne des alimens à l'usufruitier mort civilement. Mais quel tribunal pourrait le condamner à les donner?—[« On s'est demandé, dit M. Valette, sur Proudhon, tome 1, page 153, pourquoi l'art. 1982 laissait subsister la rente viagère après la mort civile du rentier, tandis que, dans le même cas, l'art. 617 déclare éteint le droit d'usufruit. La meilleure explication qu'on puisse donner est que l'expression de rente viagère indique nettement que la personne ou les personnes qui ont constitué ce droit ont entendu qu'il subsistât pendant toute la vie du rentier, c'est-à-dire pendant toute la durée de son existence physique, car certainement les parties ne songeaient guère à la vie et à la mort civiles: tandis qu'au contraire, le mot usufruit n'indique par lui-même rien de spécial, relativement aux causes d'extinction: ces causes demeurant abandonnées aux principes de droit qui, en matière d'usufruit, ne sont à-peu-près que des traditions de l'ancien droit romain. » ]

447. L'usufruit pouvant être constitué sur plusieurs têtes, il ne s'éteint entièrement qu'à la mort de la dernière.

Sur quoi il faut observer que, si l'usufruit est constitué en faveur d'une personne et de ses héritiers (*a*), la vocation ne tombe que sur ses héritiers immédiats (*b*), et leur mort éteint l'usufruit pour toujours (1). C'est une exception à la règle que, sous le nom d'*héritiers*, on doit comprendre non-seulement l'héritier, mais encore les héritiers de l'héritier à l'infini.

448. Si l'usufruit a été légué à plusieurs personnes conjointement, la mort naturelle ou civile de l'un des colégataires, arrivée avant celle du testateur, donne lieu à l accroissement en faveur des autres.

Le droit romain (2) décidait même que l'accroissement avait également lieu par la mort de l'un des colégataires, arrivée après le décès du testateur.

C'était une dérogation au principe général, que l'accroissement ne peut plus s'opérer après que les colégataires ont recueilli les portions revenant à chacun d'eux, dans la chose qui leur a été léguée conjointement.

Mais cette dérogation n'étant point admise par le Code civil, doit être aujourd'hui rejetée, à moins que le testateur n'ait expressément exprimé sa volonté à cet égard. L'accroissement deviendrait alors un legs conditionnel, fait au survivant des colégataires, sous la condition de la mort du prédécédé.

## § II.

### De la mort du tiers dont la vie a été prise pour terme de la durée de l'usufruit.

SOMMAIRE.

449. L'usufruit s'éteint en ce cas par la mort naturelle et non par la mort civile de ce tiers.
450. *Quid* de l'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixe?
451. L'usufruit paternel s'éteint par la mort de l'enfant.

449. La durée de l'usufruit peut être fixée à celle de la vie d'une tierce personne, comme elle peut l'être à un certain temps. Dans ce cas, il ne cesse point d'être un droit attaché à la personne de l'usu-

(*a*) Existans au jour de la constitution de l'usufruit et capables de recueillir.— (*b*) C'est-à-dire ses héritiers présomptifs : si l'usufruit est établi par donation entre-vifs, les héritiers doivent accepter avant la mort du donateur (art. 932).— (1) Leg. 14, *Cod. de Usuf.*, 3, 33. C'est une des cinquante décisions de Justinien. *V.* aussi le *Nouveau Répertoire*, v° Usufruit, § 5, art. 1, n° 1. — (2) Leg. 1, § 1, *ff. de Usuf. accresc.*, 7, 2.

fruitier, et de s'éteindre par sa mort, à moins que le contraire n'ait été convenu, comme nous l'avons prouvé n° 389, par l'autorité du droit romain et par la jurisprudence des arrêts. Il s'éteint aussi, dans ce cas, par la mort de la tierce personne dont la vie a été prise pour le terme le plus long de sa durée.

Mais s'éteint-il aussi par sa mort civile? Nous ne le pensons pas. On ne peut appliquer à cette espèce la disposition de l'art. 617, qui veut que l'usufruit s'éteigne par la mort civile de l'*usufruitier;* car on suppose alors qu'il n'est pas mort civilement, mais seulement la tierce personne sur la tête de laquelle la durée de l'usufruit avait été fixée. On ne peut aussi appliquer à cette espèce la raison que l'on a donnée pour faire cesser l'usufruit par la mort civile de l'usufruitier, savoir, qu'il est réduit en un état qui le rend incapable de posséder aucun bien.

450. Bien plus : si l'usufruit était accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixe, il dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort naturellement avant l'âge fixé (620), parce que ce n'est point la vie du tiers que l'on a prise en considération, mais un nombre déterminé d'années (1).

451. Ce principe n'est point applicable à l'usufruit du bien des enfans, attribué par l'art. 384 au père pendant le mariage, et, après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère, jusqu'à ce que les enfans aient atteint dix-huit ans. Cet usufruit n'est accordé qu'en considération de la puissance paternelle, et du soin que les père et mère prennent de leurs enfans. Ces deux considérations cessent par la mort de ces derniers, et l'usufruit cesse avec sa cause. Ainsi, dans ce cas particulier et unique, l'usufruit, contre les règles ordinaires, s'éteint par la mort du propriétaire (2).

## § III.

### De l'expiration du temps et de l'événement de la condition.

SOMMAIRE.

452. D'un doute qui peut s'élever à cet égard.
453. De la survenance d'enfans.
454. De l'usufruit donné tandis que le fils du donateur sera en démence.

452. L'usufruit finit par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé (617), et par l'événement de la condition qui lui a été donnée pour terme.

(1) *Neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula.* Leg. 12, *Cod. de Usuf.*, 3, 33. — (2) *V.* ce que nous avons dit liv. 1, au titre de la *Puissance paternelle.*

Mais il peut exister du doute sur ce temps et sur cette condition.

Si, avant la loi de 1792, qui fixe la majorité à vingt-et-un ans, un mari avait donné à sa femme l'usufruit d'un bien jusqu'à la majorité de ses enfans, l'Assemblée nationale, par un décret du 6 floréal an II, décida que l'usufruit devait finir lorsque les enfans auraient atteint vingt-et-un ans, quoiqu'on pût penser que le père avait en vue l'âge de vingt-cinq ans, auquel la majorité était fixée autrefois; et cela, parce qu'en vertu de la nouvelle loi, les enfans avaient acquis l'aptitude de gérer leur bien à vingt-et-un ans.

453. Si l'usufruit était créé par une donation entre vifs, et que le donateur n'eût point alors d'enfans, il s'éteindrait de plein droit par la survenance d'un enfant (960).

454. Si j'avais donné l'usufruit d'une terre tant que mon fils sera en démence, ou jusqu'à ce que mon fils ait recouvré sa raison, l'usufruit s'éteint par le retour de mon fils dans son bon sens.

Mais s'il meurt sans l'avoir recouvré, le jurisconsulte Scévola (1) décide que l'usufruit n'est pas éteint.

Cette décision paraît contraire aux principes du Code civil, qui regarde la condition comme accomplie, *lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera pas* (1177) (*a*).

L'usufruit ne revivrait pas si, après avoir recouvré sa raison, l'enfant la perdait de nouveau.

## § IV.

### De la consolidation.

SOMMAIRE.

455. Pourquoi l'usufruit s'éteint par la consolidation.
456. S'il revit lorsque la consolidation cesse.

455. Personne ne peut avoir de servitude sur son propre bien: *Nulli enim res sua servit jure servitutis.* L. 26, *ff. de Servit. præd. urb.* Ainsi, l'usufruit s'éteint par la consolidation ou par la réunion, sur la même tête, des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire (617) (*b*).

(1) Leg. 32, § 6, *ff. de Usu et usuf. legat.*, 32, 2. — (*a*) Cette règle de l'art. 1177 est puisée dans le droit romain, et la décision de Scévola n'y est point contraire. Dans l'espèce, il s'agissait d'un usufruit qui pouvait cesser avant la mort de l'usufruitier, si le nu-propriétaire recouvrait sa raison; en un mot, d'un usufruit constitué *sous condition résolutoire*. Cette condition ne pouvant plus s'accomplir après la mort du nu-propriétaire, la disposition redevenait pure et simple. Le principe que la condition est réputée accomplie, lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera pas, ne s'applique qu'aux obligations ou aux dispositions sous condition suspensive. — (*b*) Il n'y a, à proprement parler,

Si l'usufruitier ne réunissait qu'en partie la qualité de propriétaire des biens soumis à l'usufruit, son usufruit continuerait d'exister sur l'autre partie (1).

456. Mais si, depuis la consolidation, l'usufruitier cesse d'être propriétaire, recouvre-t-il son usufruit?

Les jurisconsultes romains font à cet égard une distinction subtile, qui ne peut convenir à nos principes.

Pierre lègue à Paul la propriété d'un fonds dont le légataire avait déjà l'usufruit; mais après quelque temps, le testament de Pierre est attaqué et déclaré nul. Papinien décide que Paul conserve son usufruit, parce qu'il résulte de la nullité du testament qu'il n'y a point eu de consolidation, et que l'usufruit n'a jamais été éteint (2). Cette décision est aussi conforme à l'équité qu'à la rigueur du droit.

L'usufruit d'un fonds a été légué purement et simplement à Paul, et la propriété à Pierre, mais conditionnellement, si tel navire arrivait d'Asie. En attendant l'événement, Paul acquiert de l'héritier du testateur la propriété, et par ce moyen la consolidation est opérée; mais le navire arrive d'Asie, et cet événement opère la résolution du contrat de vente. Le jurisconsulte Julien décide que Paul ne recouvre pas son usufruit, parce qu'en devenant propriétaire, il a perdu tout droit à son legs (3). La pleine propriété demeure irrévocablement transférée à Pierre.

Cette décision subtile est fondée sur la rigueur du droit; car il y avait eu une consolidation réelle, puisqu'en attendant l'événement de la condition, l'héritier du testateur avait pu valablement aliéner son droit et transférer la propriété, quoique résoluble dans le cas de l'événement. Paul avait donc réuni pendant quelque temps la propriété et l'usufruit, lequel se trouvait éteint par ce moyen.

Mais Dumoulin (4) s'est élevé contre cette décision, fondée, dit-il, sur la lettre de quelques lois, plutôt que sur la saine raison et sur l'équité naturelle; et son opinion a été suivie par les jurisconsultes même des pays où le droit romain avait force de loi. La plupart s'accordent à dire qu'il faut rejeter la subtile décision de Julien, et que l'équité fait revivre l'usufruit après l'événement de la condition (5).

consolidation que lorsque les deux qualités d'usufruitier et de propriétaire se trouvent réunies sur la même tête, par suite de l'acquisition que l'usufruitier a faite de la nue propriété. *V* Pothier, *Pandectæ Justinianeæ*. *tit. quibus modis ususfructus vel usus amittitur*, n° 25, 2607. *V.* aussi *Traité du Douaire*, n° 254.

(1) Pothier, *Traité des obligations*, n° 612; Voët, *in Pandect.*, loi 6, tit. 3, n° 19; Brisson, *de Solut., lib.* 2, *de confus.* — (2) Leg. 57, *ff. de Usuf.*, 7, 1 — (3) Leg. 17, *ff. quib. mod. ususf.*, 7, 4.—(4) Sur l'ancienne *Coutume de Paris*, § 13, gloss. 5, nos 34 et 35 *infrà*.— (5) Voët, *in Pandect.* lib. 7, tit. 4, n° 2; Huberus, *in eod. tit.*, n° 2, 7, 4; Brunnemann et Mornac, sur la loi 17, *ff. quib. modis usuf. amitt.*, 7, 4; Pothier, *du Douaire*, n° 25

En un mot, cette loi était considérée comme abrogée, et doit d'autant moins être suivie sous l'empire du Code, que le droit romain n'a plus force de loi.

## § V.

### De la prescription par le non-usage.

SOMMAIRE.

457. L'usufruit s'éteint par le non-usage pendant trente ans.
458. S'il s'éteint par la prescription de dix et vingt ans, avec titre et bonne foi.

457. L'usufruit s'éteint, dit l'art. 617, par le non-usage du droit pendant trente ans.

Mais la jouissance de la famille de l'usufruitier, celle de ses fermiers ou autres qui jouissent en son nom, conserve son droit et le met à couvert de la prescription (1).

458. L'usufruit des immeubles peut, suivant le droit romain, s'éteindre par la prescription de dix ans entre présens, et vingt ans entre absens, lorsque celui qui l'oppose jouit avec titre et bonne foi. Par exemple, l'usufruitier loue le fonds dont il a l'usufruit au propriétaire; celui-ci le vend à un acquéreur de bonne foi sans réserver l'usufruit; après dix ou vingt ans, l'action de l'usufruitier contre l'acquéreur sera prescrite, quoique le propriétaire ait continué de lui payer le loyer. C'est la décision de la loi 29 *ff. quib. mod. usuf. amitt.* (2), qui n'a rien que de conforme aux principes du Code. Nous avons prouvé, n° 393, que l'usufruit peut s'acquérir par la prescription de dix ou vingt ans avec titre et bonne foi. Il ne paraît pas douteux qu'il peut s'éteindre de la même manière. Il serait inutile d'objecter que l'art. 617 ne parle que de l'extinction de l'usufruit par le non-usage du droit pendant trente ans; car il est certain que cet article ne comprend point, et n'a point prétendu comprendre tous les moyens dont l'usufruit peut s'éteindre (*a*).

---

(1 Leg. 22, *ff. de Usuf.*, 7, 1.—(2 *Vid.* Huberus, *ibid.*, n° 3; mais *voyez* Duparc-Poullain, tome 6, p. 279 et 280, nos 87 et 89, et l'art. 113 de la *Coutume de Paris*. —(*a*) En un mot, la disposition de l'art. 617, que l'usufruit se perd par le non-usage pendant trente ans, s'applique seulement au cas où au défaut de jouissance de la part de l'usufruitier ne vient pas s'ajouter le fait d'un tiers possédant avec titre et bonne foi l'objet soumis à l'usufruit

## § VI.

**De l'usufruit établi en faveur des villes et des établissemens publics.**

SOMMAIRE.

459. Il s'éteint par le laps de trente années.
460. Par la destruction de la ville ou par la suppression de l'établissement.

459. L'usufruit accordé à une communauté, à un établissement public, à une ville, semblerait être éternel, si les lois n'y avaient pas mis un terme.

La loi 56, *ff. de Usuf.*, avait fixé ce terme à cent ans, et sa disposition était suivie dans l'ancienne jurisprudence française.

L'art. 619 du Code civil y déroge, et veut que l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers, ne dure que trente ans (*a*).

Mais comme les lois n'ont point d'effet rétroactif, cette disposition n'a point d'application aux usufruits établis avant la promulgation du Code.

460. Suivant le droit romain, la destruction d'une ville était considérée comme une espèce de mort qui éteignait l'usufruit : « *Si « ususfructus civitati legetur, et aratrum in eam inducatur, civitas « esse desinit, ut passa est Carthago; ideòque quasi morte desinit « habere usumfructum.* » Loi 21, *ff. Quibus modis usuf. amitt.*, 7, 4.

La suppression d'un établissement public a le même effet; elle éteint l'usufruit qui lui appartenait, quoique les trente ans fixés pour sa durée ne soient pas expirés.

## § VII.

**De la perte totale de la chose.**

SOMMAIRE.

461. De la destruction d'un bâtiment. Distinction.
462. De la diminution d'un troupeau.

461. L'usufruit s'éteint par la perte totale de la chose sur laquelle il est établi (617).

Si une partie seulement est détruite, l'usufruit se conserve sur ce qui reste (623).

Si l'usufruit n'est établi que sur un bâtiment; et que ce bâtiment

(*a*) Cet article n'est pas applicable au legs d'annuités. Elles doivent être payées tant que dure la communauté, la ville ou l'établissement public. *Quot annis nascitur actio.* Proudhon, tome 1, n° 331. L. 23, *ff. de annu. legat.* Serres, *Institutes.* Tit. de l'Usufruit.

soit détruit par un incendie ou autre accident, ou qu'il s'écroule de vétusté, l'usufruitier n'aura le droit de jouir ni du sol ni des matériaux.

Mais si l'usufruit était établi sur un domaine dont le bâtiment faisait partie, l'usufruitier jouirait du sol et des matériaux (624).

462. Le droit romain décide que si l'usufruit d'un troupeau a été légué, il s'éteint lorsque le nombre des bêtes est tellement diminué qu'on ne peut plus l'appeler troupeau (1), et le nombre d'animaux nécessaire pour composer un troupeau variait suivant leur espèce (2). Cette subtilité ne peut être admise sous l'empire du Code civil, qui exige, pour l'extinction de l'usufruit, la perte totale des choses sur lesquelles il est établi.

## § VIII.

### De l'abdication ou de la renonciation de l'usufruitier.

L'usufruitier, lorsqu'il est majeur et maître de ses droits, peut renoncer à l'usufruit qui lui appartient; c'est ce qui résulte des principes que nous avons établis, et l'art. 621 en a une disposition précise (*a*).

Mais, suivant l'art. 622, les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice.

## § IX.

### De la résolution du droit de celui qui a constitué l'usufruit.

SOMMAIRE.

463. *Quid*, si l'usufruitier a acquis, *à non domino*, avec bonne foi?
464. Le changement de propriété ne nuit point à l'usufruitier.

463. L'usufruit finit par la résolution du droit de celui qui l'avait constitué (Loi 19, *ff Quib. mod. usuf. amitt.*), c'est-à-dire lorsqu'il est reconnnu qu'il n'était pas propriétaire, ou qu'il n'avait qu'une propriété résoluble; car il n'a pu transférer des droits plus étendus que ceux qu'il avait lui-même.

Néanmoins, si celui qui passait pour propriétaire du fonds, en avait vendu l'usufruit à un acquéreur de bonne foi, l'action du véritable propriétaire contre l'usufruitier pourrait s'éteindre par la prescription.

(1) Leg. ult. *ff. Quib. mod. usufr. amitt.* 7. 4.—(2) Leg. 3, *ff. de Abigeis.*—(*a*) Discours du tribun Gary (Locré, tome 8, page 298)

En ce cas, l'usufruit est établi par un titre, et l'action du propriétaire est éteinte par la prescription (voyez *suprà*, n° 393).

464. Au reste, le changement de propriété, soit par vente, donation, succession ou autrement, de la chose sujette à l'usufruit, n'opère aucun changement dans le droit de l'usufruitier; il continue de jouir de son usufruit, s'il n'y a pas formellement renoncé (621). (L. 19. *ff. Quib. mod. usufruct. amitt.*)

## § X.

### De l'abus que fait l'usufruitier de sa jouissance.

SOMMAIRE.

465. Les créanciers de l'usufruitier qui abuse peuvent offrir la réparation des dégradations.
466. Ces offres ne suffisent pas toujours pour empêcher de prononcer la privation de l'usufruit.
467. Quelles sont les dégradations qui peuvent la faire prononcer
468. Peut-on prononcer la privation partielle de l'usufruit?
469. L'usufruit paternel n'est point excepté.

465. L'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien (618).

Les créanciers de l'usufruitier peuvent intervenir dans les contestations pour la conservation de leurs droits; ils peuvent offrir la réparation des dégradations commises, et des garanties pour l'avenir.

466. Mais il ne faut pas conclure de cette disposition, qu'il suffise de faire de pareilles offres pour empêcher que l'extinction ou la modification de l'usufruit soient prononcées (1).

Les juges peuvent, nonobstant ces offres, et suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l'objet qui en est grevé, que sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier ou à ses ayant-cause une somme déterminée, jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser (618).

467. Mais quelles sont les dégradations et malversations qui peuvent donner lieu à prononcer l'extinction absolue ou la modification de l'usufruit? C'est une question abandonnée à la prudence des juges.

On peut dire en général qu'il faut que la substance de la chose soit altérée. Tous les devoirs de l'usufruitier se bornent à ces deux

(1) Le *Nouveau Répertoire*, vo Usufruit, § 5, art. 4; le président Favre, dans son Code, liv. 3, tit. 3, déf. 1; Rousseau de Lacombe, *Jurisprudence civile*, vo Usufruit.

points : jouir en bon père de famille, conserver la substance des choses, *salvâ rerum substantiâ* (1). S'il enfreint ces devoirs, il mérite d'être privé de son droit.

La Coutume d'Anjou, art. 311, donnait pour exemples des malversations qui pouvaient faire priver la veuve de son douaire, si elle avait laissé tomber par sa faute les maisons ou partie d'icelles, abattu des bois de futaie ou des arbres fruitiers, négligé de tailler et de bêcher les vignes pendant deux ans. Ces dégradations suffiraient encore aujourd'hui pour faire, suivant les circonstances, prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, comme dit l'art. 618, ou seulement la rentrée en jouissance du propriétaire, à la charge de payer annuellement une somme déterminée à l'usufruitier.

468. S'il y avait dans l'usufruit plusieurs maisons, et que l'une seulement eût souffert des dégradations, l'usufruitier devrait-il être privé de la jouissance des deux? On le pensait ainsi, dans la Coutume d'Anjou (2). Aujourd'hui, la décision est laissée à la prudence des juges.

Si les dégradations avaient été commises par un fermier que l'usufruitier a chassé, il semble qu'on ne devrait pas le priver de sa jouissance, s'il réparait le dommage, en indemnisant le propriétaire (3).

469. Au reste, l'usufruit légal des père et mère n'est point excepté des dispositions de l'art. 618. Les abus qu'ils feraient de leur jouissance pourraient aussi faire prononcer contre eux l'extinction ou la modification de leur droit (4).

## CHAPITRE II.

### *De l'usage et de l'habitation.*

L'usage et l'habitation sont aussi des servitudes personnelles. Les différences qui existent entre l'un et l'autre, et celles qui existent entre ces deux droits et l'usufruit, sont assez clairement expliquées dans le Code pour n'avoir pas besoin d'explication (5).

(1) Art. 578 et 601.— (2) *V.* l'observation de Pocquet de Livonière, sur l'art. 311 —(3) Dupineau, *sur Anjou*, art. 311: Pothier, du *Douaire*, nº 208. — (4) *V.* le *Nouveau Répertoire*, vº Usufruit. § 5, art. 4. — (5) *V.* le savant Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, d'usage d'habitation et de superficie. — [Les dispositions de ce chapitre ne paraissent pas avoir offert jusqu'à présent de difficultés dans la pratique. Elles sont, du reste, d'une application assez rare. On établit fort peu de droits d'usage et d'habitation. Je crois cependant qu'il n'est pas inutile de présenter ici quelques observations.

« Les droits d'usage et d'habitation, dit l'art. 625, s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit.» On a fait remarquer, avec assez de raison,

que la première partie de cet article n'était pas parfaitement exacte En effet, dans certains cas, l'usufruit est établi directement par la loi. Plusieurs dispositions du Code en offrent des exemples. Mais on ne voit pas que des dispositions analogues existent pour les droits d'usage et d'habitation ; car il n'est guère possible de considérer comme tels les droits accordés à la veuve par les art. 1465 et 1570 C. civ. (*V.* Duranton, tome 5, n° 6.— Comp. toutefois Proudhon, tome 6, n° 2752; Zachariæ, tome 2, § 232. n° 2, et § 233.)

L'usufruit s'acquiert par prescription (*V.* n° 393). Tous les auteurs reconnaissent que cela est également vrai pour le droit d'habitation et pour le droit d'usage, lorsque l'usager jouit par lui-même (*V.* Duranton, tome 5, n° 7; Proudhon, tome 6, n° 2754). Mais lorsque l'usager ne jouit pas par lui-même, cette décision paraît souffrir difficulté.

Pour établir que, dans cette hypothèse, la prescription acquisitive ne peut avoir lieu, on dit : qu'un droit d'usage est une espèce de servitude discontinue, car il s'exerce par des faits isolés, interrompus; que, d'après le Code, toute servitude discontinue dans son exercice, apparente ou non, ne peut s'acquérir par la prescription, même immémoriale (art. 691). Puis, on invoque l'arrêt de la Cour de cassation rapporté au Répertoire de M. Merlin, v° Usage.

Je crois que l'opinion contraire doit être suivie. En principe tout ce qui est dans le commerce peut s'acquérir par prescription (Arg. *à contrario* de l'art. 2220). Les exceptions que comporte cette règle doivent être établies par une disposition précise : il n'est pas permis de les suppléer. Or, aucun texte ne dispose que le droit d'usage est imprescriptible. Il y a plus, l'art. 625 insinue le contraire : car, s'il est vrai que les droits d'usage s'établissent de la même manière que l'usufruit, il est certain qu'ils peuvent s'établir par la prescription, puisque l'usufruit s'acquiert de cette manière.

Vainement on oppose l'art. 691 : cet article parle des servitudes réelles. Il est donc étranger à la matière qui nous occupe. Il est vrai que l'article 2229 exige une possession continue pour pouvoir prescrire : mais la possession de l'usager est aussi continue que possible ; elle est à peu près de la même nature que celle d'un créancier de rente foncière ou de champart, qui incontestablement pouvait prescrire même dans les coutumes où la maxime : nulle servitude sans titre était admise (*V.* Pothier, *Introduction* au titre des Prescriptions de la Coutume d'Orléans, n° 8). Et qu'on n'objecte pas que celui qui prescrivait un droit de rente foncière possédait par l'intermédiaire des preneurs, car l'usager qui ne jouit pas par lui-même n'en a pas moins un droit réel, et ce droit est exercé en son nom par celui qui détient et qui cultive le fonds qui y est assujetti.

Quant à l'arrêt de la Cour de cassation, il est relatif à un droit d'usage dans les bois et forêts qui, comme on le sait, constitue une servitude réelle. Il n'est donc ici d'aucune autorité.

Ainsi, je pense qu'il faut décider que le droit d'usage est, dans tous les cas, susceptible de s'acquérir par prescription.

Les obligations de l'usager, lors de son entrée en jouissance, sont les mêmes que celles de l'usufruitier (art. 626). Toutefois il est dispensé de donner caution, lorsqu'il ne jouit pas par lui-même et qu'il ne fait que recevoir des mains du propriétaire la portion de fruits qui lui est nécessaire pour ses besoins et ceux de sa famille (*V.* art. 630).

Mais dans quel cas l'usager est-il fondé à demander la délivrance des objets soumis à son droit d'usage pour en jouir par lui-même, et dans quel cas doit-il se contenter de recevoir des mains du propriétaire la portion de fruits qui lui est nécessaire? A ce sujet, on fait une distinction qui me paraît raisonnable. Si les objets grevés d'un droit d'usage ne produisent, année commune, qu'une quantité de fruits tout au plus suffisante pour satisfaire aux besoins de l'usager, la possession doit lui être abandonnée. Au contraire, si l'usager n'absorbe qu'une partie des fruits, l'administration et la jouissance appartiennent au propriétaire, et l'usager n'a que le droit de recevoir en nature la portion de fruits que

ses besoins exigent. *V.* Duranton, tome 5, n° 27; Proudhon, tome 6, n° 2708 et suiv.; Zachariæ, tome 2, § 232, note 4.

A défaut de stipulations particulières, l'étendue du droit d'usage est déterminée par les besoins de l'usager et ceux de sa famille (art. 630). Cette dernière expression comprend ici tous les enfans de l'usager, même ceux qui seraient nés postérieurement à la constitution de l'usage. ses domestiques, et en général tous ceux qui, à l'époque de la concession de l'usage, habitaient avec l'usager, et qu'il entretenait comme membres de sa famille.

S'applique-t-elle aussi à ses enfans adoptifs et à ses enfans naturels reconnus? Si l'adoption et la reconnaissance sont antérieures à la constitution de l'usage, je crois que l'affirmative doit être admise sans hésiter (Duranton, tome 5, n° 219; Zachariæ, tome 2, § 232). Dans le cas contraire, cette décision peut être contestée, car s'il est vrai que les enfans naturels et adoptifs font partie de la famille de l'usager; d'un autre côté, on peut dire que les auteurs du Code n'ont porté leur pensée que sur les enfans à la fois naturels et légitimes de l'usager, et qu'ils n'ont pas voulu l'encourager ou l'exciter à une vie déréglée en lui assurant des moyens de subsistance pour les enfans illégitimes, ni lui accorder la faculté de rendre plus onéreuse la charge imposée au fonds, en adoptant des étrangers (*V.* Proudhon, tome 6, n° 2779. Comp. toutefois Duranton, tome 5, n° 19, dont je crois que l'opinion doit être suivie).

L'usager est, pendant la durée de l'usage, soumis aux mêmes obligations que l'usufruitier. « Néanmoins, dit l'art. 635, s'il ne prend qu'une partie des fruits, il contribue au prorata de ce dont il jouit. » On s'est demandé comment cette disposition devait être appliquée? Point de difficulté, s'il y a eu entre le propriétaire et l'usager un aménagement ou partage, au moyen duquel une partie du fonds a été abandonnée en jouissance à ce dernier pour lui tenir lieu de son droit d'usage. Mais si ce partage n'a pas eu lieu et que le propriétaire jouisse et cultive par lui-même, devra-t-on prendre la quantité de fruits qui est nécessaire à l'usager sur le revenu *net* seulement, ou la prélever sur le produit brut, en lui faisant supporter une part proportionnelle des frais de culture et de semence? Il est bien entendu que le propriétaire doit, dans tous les cas, être indemnisé sur la récolte, des frais de culture et de semence, ainsi que de ses avances pour contributions et réparations.

Pour décider que l'usager doit être payé sur le produit net, voici comme on raisonne :

L'usager a droit d'exiger sur le produit du fonds tout ce qui est nécessaire à sa consommation et à celle de sa famille. Telle est la règle (art. 630). Or, cette règle serait évidemment violée si la portion afférente à l'usager devait dans tous les cas être réduite d'une part proportionnelle des frais de production; d'ailleurs du moment que la quotité de fruits nécessaire à l'usager est déterminée, on peut dire, jusqu'à un certain point, que l'usage n'est en quelque sorte qu'un droit à une prestation annuelle de tant de mesures à prendre sur le revenu du fonds, c'est-à-dire sur le revenu net. L'art. 635, dont la disposition finale paraît contraire à cette décision, doit se concilier avec la règle précitée à laquelle il est nécessairement subordonné; du reste, les expressions : « *Il contribue au prorata de ce dont il jouit* » qui les terminent, indiquent clairement qu'il ne s'applique qu'au cas seulement où il y a eu partage de jouissance opéré entre le propriétaire et l'usager.

Cette opinion ne me semble pas exacte. En effet, si d'un côté l'usager peut exiger autant de fruits qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille; de l'autre, la loi l'assujettit, et avec raison, au prorata de ce dont il jouit, à l'acquittement des frais de production. Il jouit, soit qu'il cultive par lui-même, soit qu'il reçoive la portion de fruits qui lui est nécessaire des mains du propriétaire. Son droit ne consiste pas, comme on veut l'insinuer, dans une série de prestations annuelles : il est un; pour le rendre productif, des dépenses sont nécessaires, il doit les supporter; peut-être même, doit-il en faire l'avance. C'est ainsi qu'il faut concilier la règle de l'art. 630 avec celle de l'art. 635. Autrement

L'usage des bois des forêts est d'une nature différente. C'est une servitude réelle qui est réglée par des lois particulières dont le Code ne s'est point occupé (636).

# TITRE IV.

## DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

### NOTIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

469 *bis*. Il ne faut pas confondre les propriétés souterraines et superficiaires, ni les droits de communauté forcée, avec les servitudes. Plusieurs questions à ce sujet.
470. Définition de la servitude.
471. L'héritage dominant n'a pas de prééminence sur l'héritage servant.
472. Ce qu'on entend par héritage
473. Tous les immeubles peuvent être grevés de servitudes.
474. Le domaine public peut-il l'être? Examen de l'opinion d'un auteur célèbre.
475. S'il faut confondre les choses qui n'appartiennent à personne, suivant l'art. 714, avec les dépendances du domaine public dont parlent les art. 538 et 540.
476. Si toutes les choses dont parlent ces deux articles ne sont pas susceptibles de propriété privée.
477. Quelles choses n'en sont pas susceptibles par leur nature.
478. Des choses consacrées à des usages publics.
479. Si les rivages de la mer et les rivières sont susceptibles de servitudes.
480. Les choses consacrées à des usages publics en sont susceptibles.
481. Si les servitudes dont elles sont grevées ont le caractère de servitudes, ou si elles sont précaires.
482. Conséquences dangereuses rejetées par un arrêt.
483. Résumé. Le domaine public et le domaine municipal peuvent-ils être grevés de servitudes.
483 *bis*. Les servitudes sont établies par la loi ou par le fait de l'homme.

469 *bis*. Après les servitudes personnelles, le Code passe aux servitudes réelles, dont nous avons expliqué la nature, nos 376 et suivans. Nous avons vu qu'elles sont des droits réels *jura in re*, établis sur la chose d'autrui, n° 377; et qu'elles sont un véritable démembrement de la propriété parfaite, par lequel le propriétaire cède

---

il n'arriverait presque jamais contre le vœu précis de ce dernier article que l'usager, qui ne cultive pas par lui-même, fût appelé à contribuer. Comp. toutefois, Proudhon, tome 6, no 2791 et suiv.

Comme le droit d'usage est borné à la personne de l'usager, il suit qu'il ne peut être vendu ou loué (art. 631), et qu'il n'est pas non plus susceptible d'être hypothéqué ou saisi.

à une autre personne le droit de faire, exclusivement, ou en commun, avec lui, certains actes de propriété, en se réservant les autres, ou bien par lequel il s'interdit à lui-même certains actes qui pourraient nuire à une autre personne, en rendant l'héritage de celle-ci moins productif ou moins agréable, n° 90. Enfin, nous avons vu n° 93, que le droit de faire ces actes sur le fonds d'autrui, ou d'empêcher le propriétaire de les faire, devient lui-même une sorte de propriété, qui participe plus ou moins de la nature et des priviléges de la propriété parfaite.

Il est donc essentiel de ne pas confondre les servitudes, soit avec la propriété souterraine dont parle l'art. 553, ou avec la propriété superficiaire, soit avec la copropriété des choses qui demeurent, par leur nature ou par leur destination, dans un état d'indivision forcée; tel est le droit de mitoyenneté dont nous avons expliqué la nature et les effets *suprà*, n° 183. Commençons par les propriétés souterraines. On n'a jamais regardé la possession d'une cave, d'un aqueduc, d'une fosse d'aisances, etc., creusés sous le terrain d'autrui, comme un droit de servitude, mais comme une véritable propriété.

Aussi n'appliquait-on point à ces objets la disposition des coutumes qui rendaient toutes les servitudes indistinctement imprescriptibles, sans un titre par écrit. Les anciens auteurs français et la jurisprudence des arrêts étaient d'accord sur ce point.

Bourjon, *Droit commun de la France*, tit. 1^er^ *des Servitudes*, sect. 3, n° 24, dit : « Quoique les servitudes ne puissent s'acquérir « sans titre, néanmoins, s'il y a *incorporation*, inédification dans « l'héritage voisin, la possession de trente années entre non privilégiés « vaut titre. Cette exception à la règle est fondée sur ce qu'en ce « cas, c'est plutôt *propriété* que servitude; et de là il s'ensuit que « celui qui a joui pendant trente années d'une cave sous le terrain de « son voisin (1), a acquis la prescription de cette cave. »

Bourjon ne fait ici que résumer l'opinion des auteurs qui l'ont précédé. On peut voir Ferrière sur l'art. 186 de la Coutume de Paris, *gloss.* 1, n° 10, et les autorités qu'il cite, Lalaure; page 170, etc.

Quant aux arrêts, Louet en rapporte plusieurs lettres S, som. 1, n^os^ 3 et 5; Pesnelle, sur l'art. 607 de la *Coutume de Normandie*, en rapporte un du Parlement de Rouen; enfin, la Cour de cassation a confirmé l'ancienne jurisprudence par un arrêt du 22 octobre 1811, (Sirey, tome 11, page 369).

L'art. 712 du Code civil a définitivement consacré les anciens principes sur la propriété qui résulte de l'incorporation, en statuant

(1) Bien entendu que la possession est publique, et non pas occulte.

que « la propriété s'acquiert aussi par accession, *par incorporation* « et par prescription. » Dans le considérant de l'arrêt cité, la Cour de cassation pensa qu'on avait fait *une juste application* de l'art. 712, en appliquant à la prescription d'une fosse d'aisances, creusée sous la maison du voisin, à laquelle fosse l'autre maison communiquait par des canaux incorporés (*a*).

Ces principes sur la différence réelle qui existe entre une servitude et une propriété souterraine, sont avoués par la raison et fondés sur la nature des choses. Une cave, une fosse d'aisances, un aqueduc, sont véritablement une partie du fonds, *portio aliqua fundi*. Leg. 60, *ff. de V. S. Sive loci corpus*, L. 4, *pr. ff. si servit. vind.* 8. 5. En effet, je possède une partie du fonds, une chose *corporelle*, en possédant un souterrain creusé sous le fonds voisin.

Au contraire, une servitude est par sa nature une chose *incorporelle*. C'est un démembrement du droit de propriété, mais non pas une partie du fonds : *Servitus non est pars substantiæ, sive fundi, sed accidens*, disent fort bien tous les docteurs.

Ce que nous venons de dire sur la propriété souterraine s'applique à la propriété superficiaire, lorsqu'il y a réellement et visiblement des ouvrages incorporés dans le fonds d'autrui. L'oracle de l'ancien droit français, Dumoulin, appliquait ces principes au cas d'un égout, *stillicidium*, visiblement incorporé ou construit sur le fonds voisin. L'art. 230 de la *Coutume de Blois* portait que, « vues et égouts ne « portent point de saisine à celui qui les a sur autrui, et sans titre, « ne les peut prescrire; etc. »

Dumoulin ajoute en note : *Intellige de simplici stillicidio in aera, id est non quiescente in fundo vicino, sive pendeat supra fundum vicini, sive non pendeat, sed in illud stillet.*

*Secùs de incorporato et inædificato visibiliter, vel quiescente super fundum vicini.*

L'opinion de ce grand jurisconsulte fut suivie par tous les auteurs, et Louet, ci-dessus cité, rapporte des arrêts conformes.

---

(*a*) Je crois, au contraire, que l'art. 712 C. civ. n'était pas applicable à l'espèce. L'incorporation, dont il parle, comme moyen d'acquérir la propriété, n'est autre chose que l'accession dont les effets sont réglés par les art. 551 et suivans : « La propriété s'acquiert aussi, disait M. le tribun Siméon au Corps législatif, par l'accession qui vient s'ajouter ou s'incorporer à ce que nous avons déjà, et par prescription. » *V.* Locré, tome 10, page 277. Aussi l'art. 712 ne dit-il point que *la propriété s'acquiert par accession, par incorporation*, etc., ce qui indiquerait deux manières différentes d'acquérir, mais bien par *accession* ou *incorporation*, ce qui indique un même mode auquel s'applique une double désignation. Toutefois l'arrêt de la Cour de Paris ne devait pas être cassé même sous l'empire du Code. On pouvait le justifier au fond en invoquant les dispositions de l'art. 553 C. civ.

Pesnelle, sur l'art. 607 de la Coutume de Normandie, rapporte un arrêt du Parlement de Rouen, qui jugea qu'une *chausse de cloaques*, bâtie sur la cour de la maison voisine, et une galerie élevée sur la même cour, n'étaient point une servitude, mais une propriété qui n'avait pas besoin de titre. En effet, il y avait véritable incorporation par la construction faite sur le fonds voisin; or, dans ce cas, on ne peut nier que celui qui a construit un ouvrage sur le fonds voisin, ne possède réellement une partie de la surface de ce fonds, comme dans le cas du souterrain, *partem aliquam fundi.*

Mais il faut que l'incorporation soit réelle, autrement il n'y aurait qu'un droit de servitude, un droit incorporel, imprescriptible, sans titre (*a*), lorsque la servitude n'est pas continue et apparente. C'est le cas de l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 21 octobre 1807 (1), en faveur de la veuve Marcellot, contre Joffrenot, tanneur. Il était en possession de laver ses cuirs dans une rivière non navigable, coulant à sa proximité : il se servait pour cela d'un escalier et d'un lavoir pratiqués, depuis un temps immémorial, sur un terrain appartenant à la veuve Marcellot, qui enleva l'escalier et le lavoir.

Il forma contre elle l'action possessoire, et soutint qu'il s'agissait d'une servitude continue et apparente dans le sens du Code. Sa prétention fut rejetée et avec raison; car rien ne prouvait ni que le lavoir et l'escalier eussent été faits par Joffrenot, ni qu'ils fussent véritablement *incorporés* dans le terrain. Les pierres qui le composaient pouvaient n'être que posées simplement sur le terrain. Il est du moins certain que Joffrenot n'osa pas soutenir qu'il avait une propriété superficiaire. Il ne réclamait qu'une servitude qui de sa nature n'était pas continue. Cet arrêt ne contient donc rien de contraire aux principes que nous avons exposés.

On peut trouver beaucoup d'exemples de propriétés superficiaires qu'il ne faut pas confondre avec de simples servitudes.

Passons maintenant aux droits de copropriété sur les choses qui demeurent, par leur nature ou par leur destination, dans un état d'indivision forcée, telles que l'allée d'entrée ou le vestibule, les cours, puits, fosses d'aisances, etc., communs aux différens étages d'une maison, ou même à deux maisons.

Nous avons déjà dit qu'il ne faut pas confondre avec les servitudes, les droits qu'ont sur ces choses communes les propriétaires des différens étages de la maison, ou des deux maisons. Ces droits sont en effet d'une nature très différente. Les servitudes ne peuvent être

(*a*). *V.* ci-après n° 629. — (1) Rapporté par Sirey, tome page 37.

établies que sur le fonds d'autrui, au lieu que l'allée d'entrée, par exemple, ou le vestibule commun aux différens étages d'une maison, ou même de deux maisons, n'appartient point à l'un des propriétaires comme une propriété particulière, sur laquelle les autres aient un droit de servitude; c'est une propriété commune à tous, une propriété indivise entre tous, et qui a ceci de singulier, qu'aucun des copropriétaires n'en peut provoquer le partage ni la licitation; le partage, parce que la division, si elle était possible, rendrait l'allée inhabile à l'usage auquel elle est destinée; la licitation, parce que celui qui, par l'effet de la licitation, perdrait son droit dans l'allée, se trouverait, contre toute justice, forcé de vendre son étage ou sa maison, devenue inutile faute d'y pouvoir entrer, à moins que celui qui serait devenu seul propriétaire de l'allée, ne fût à son tour forcé de vendre un passage à l'autre. Ce qui fait voir l'injustice et l'inutilité de la licitation, comme l'a très bien montré le jurisconsulte Paul (1).

L'allée d'entrée ou le vestibule commun reste donc, par sa nature, dans un état d'indivision forcée. Ainsi, voilà un cas particulier où l'on est contraint de rester dans l'indivision, contre la règle générale établie par l'art. 815, qui porte : « Nul ne peut être contraint à de-« meurer dans l'indivision, et le partage peut toujours être provo-« qué, nonobstant toutes prohibitions ou conventions contraires. »

L'expérience de tous les siècles (2) a prouvé que la possession commune des biens indivis engendre presque toujours des contestations et des procès, que le législateur a voulu prévenir en établissant pour règle générale que nul n'est contraint de rester dans l'indivision, et que le partage s'il est possible, ou la licitation s'il ne l'est pas, peuvent toujours être provoqués.

Mais quelque générale que soit cette règle, quoiqu'elle soit fondée sur l'ordre public, et que, par conséquent, les particuliers n'y puissent déroger, elle a néanmoins ses exceptions; d'abord à l'égard des objets qui demeurent par leur nature dans un état d'indivision forcée, parce que le partage les rendrait inhabiles à remplir leur destination : *Quando, factâ divisione, res fierent ad usum inhabiles* (3), comme les allées ou les vestibules communs aux différens étages d'une maison, comme les murs, sans lesquels cette maison n'existerait pas, etc.

(1) *De vestibulo communi binarum ædium, arbiter communi dividundo invito utrolibet dari non debet: quia qui de vestibulo liceri cogitur necesse habet interdùm totarum ædium pretium facere, si aliàs aditum non habet.* Leg. 19, § 1, *ff. Commun divid.*, 10, 3.—(2 *Propinquorum discordias materia communionis solet excitare. Papin.* Leg. 77, § 20, *in fin.. de leg.*, 2°. — (3) Brunnemann, *in leg.* 19, *ff. Commun. divid.*, 10, 3

Elle souffre encore exception, dans nos usages, à l'égard de certains objets particuliers indivisibles, qui, sans demeurer par leur nature dans un état d'indivision forcée, comme l'allée ou le vestibule des maisons, les murs, etc., sont néanmoins indivisibles, et procurent plus d'avantages aux copropriétaires, en restant indivis et communs, que ne leur en pourrait procurer un partage ou une licitation, sans que l'indivision et la possession commune deviennent un sujet de discorde; tels sont un puits commun à deux maisons ou aux différens étages d'une maison, un four, un pressoir, une cour, etc.

Il est inouï, dans la jurisprudence française, que l'on ait forcé à partager ou à liciter ces objets, lorsque les copropriétaires les ont laissés indivis pour l'usage commun des biens qui leur sont échus en partage (1). On pourrait seulement excepter le cas où une cour commune se trouverait assez spacieuse pour assigner sa part au propriétaire de chaque lotie.

Il est évident que ces droits dans la chose ainsi laissée indivise, ces droits qu'on peut appeler droits de *communauté*, sont différens des droits de servitude. Ainsi, par exemple, si j'ai un droit de servitude sur le puits de mon voisin, je ne puis le contraindre à le réparer, comme aussi il ne peut me contraindre à contribuer aux réparations. Au contraire, si ce puits est en *communauté* entre nous, s'il est *commun* à nos deux maisons, nous avons respectivement le droit de nous contraindre l'un l'autre à contribuer aux réparations et impenses nécessaires au puits commun (*a*).

---

(1) Il est encore un cas où le partage ni la licitation de certains objets communs ne peuvent être provoqués. C'est celui où ils ont été destinés à former un établissement, ou à servir de dotation à un pasteur. Par exemple, quatre-vingt-huit individus de Kopeinhem acquirent en commun, en 1816, une maison, jardin et dépendances, qu'ils destinèrent au logement de leur pasteur protestant. Les biens acquis devaient, portait le contrat, rester affectés à cette destination, tant que les contractans ne lui en auraient pas assigné une autre, *d'un avis unanime*. L'un d'eux ayant acquis les droits de plusieurs acquéreurs, demanda le partage ou la licitation des biens acquis en commun. Il se fondait sur l'art. 815 du Code; mais par arrêt du 20 mars 1813, la Cour de Colmar rejeta sa demande, par le motif que l'art. 815 n'était pas applicable à cette espèce, puisque les acquéreurs n'ont pas voulu acquérir ces biens pour en jouir en commun; qu'ils s'en sont interdit au contraire la jouissance, en les destinant à l'usage du pasteur; et que, sans le procès, il en jouirait déjà, parce que l'acte eût été présenté à l'acceptation du Gouvernement, et qu'à défaut d'acceptation, la vente serait résolue de plein droit, d'après la stipulation expresse portée dans le contrat. Sirey, tome 14, 2e part., page 7. Cet arrêt est fort bien rendu; mais il s'agissait moins de savoir si les coacquéreurs pouvaient être forcés de rester dans l'indivision, que de savoir si l'un d'eux, qui avait fait avec les autres une fondation en faveur d'un pasteur, pouvait, avant l'autorisation du Gouvernement ou le refus d'autoriser, rétracter son consentement, malgré la convention faite entre tous, que la destination des biens ne pourrait être changée que d'un avis unanime.— (*a*) Comp. toutefois rej. 2 février 1825, Journ. du Palais à sa date.

Cependant, les droits de *communauté* participent de la nature des droits de servitude, en ce qu'ils ne peuvent être établis que pour l'utilité d'héritages certains et déterminés; ils sont dus à la chose plutôt qu'à la personne. Ils sont attachés au fonds pour l'utilité duquel ils sont établis. En cas de mutation de ce fonds, ils passent avec lui au nouveau propriétaire ou possesseur, quel qu'il soit, quand même ils ne se trouveraient pas exprimés dans le contrat, pourvu qu'il puisse prouver leur établissement par un titre, quelque ancien qu'il soit.

Ils se conservent par le seul usage qu'en fait le possesseur du fonds pour l'utilité duquel ils sont établis, sans qu'il soit nécessaire de les inscrire sur les registres publics, pas plus que les servitudes (*vid. infrà*, n° 721).

Ils peuvent s'établir non-seulement par des partages, mais encore par tout autre contrat habile à transférer la propriété. Par exemple, les propriétaires de deux domaines voisins achètent ou font construire à frais communs un pressoir, et stipulent qu'il restera *commun* pour l'usage et l'utilité de leurs domaines respectifs; chacun des copropriétaires ne pourra provoquer la licitation de ce pressoir, indivisible de sa nature, parce que la *communauté* est établie pour l'utilité de certains fonds déterminés dans le contrat.

Mais aussi chacun d'eux n'y pourra faire pressurer que les fruits des fonds déterminés auxquels le droit de communauté a été attaché, pas même ceux des fonds nouveaux qu'il aurait depuis réunis à son ancien domaine, à moins que le cas n'ait été prévu dans le contrat d'établissement de la communauté. S'il vend ce domaine, il n'aura plus de droit au pressoir (1); ce droit passera à l'acquéreur, contre lequel la licitation ne pourra pas plus être provoquée qu'elle ne pourrait l'être contre son vendeur. Libre dans son établissement ou dans son origine, le droit de communauté devient, comme tous les contrats, forcé dans son exécution : *Ab initio voluntatis, postea necessitatis*.

Mais, on le répète, cette communauté forcée ne peut être établie que pour l'utilité d'héritages déterminés dans le contrat, et non en faveur ou pour l'intérêt des personnes seulement. Par exemple, si un pressoir a été acheté ou construit par plusieurs personnes qui ont le dessein de faire le commerce des vins ou des cidres, et qui ont stipulé que ce pressoir restera commun entre elles pour en jouir chacune un certain nombre de jours, il y aura communauté entre elles, mais

(1) *V.* un arrêt rendu par le Parlement de Paris, le 4 août 1698, rapporté par Augeard, tome 1, page 474.

cette communauté ne sera point forcée. Chacun des copropriétaires aura le droit de provoquer la licitation, parce qu'il ne peut être contraint personnellement de rester en communauté. L'autre, pour s'en défendre, ne pourra alléguer ni son intérêt personnel, que la licitation ne blesse en rien, puisqu'il peut se rendre adjudicataire du pressoir, dont alors il jouira seul, ou qu'il mettra en communauté avec une autre personne, ni l'utilité des héritages dont il pressure les fruits, parce que ce n'est point en vue de ces héritages que la communauté du pressoir a été établie, puisque l'acte n'en parle pas.

Au lieu de laisser en état de communauté forcée les objets dont nous venons de parler, on peut en donner la propriété à l'un des ayant-droit, et les grever d'un droit de servitude en faveur de l'autre. Par exemple, en partageant deux maisons voisines, ou une maison composée de plusieurs étages, on peut convenir que le puits, la cour, etc., demeureront communs; on peut aussi convenir que le puits, la cour, etc., appartiendront à l'un des héritiers, et qu'ils seront seulement grevés de servitude en faveur de l'autre, qui aura le droit de puiser de l'eau au puits, de passer par la cour, d'y déposer des bois, etc.

Or, l'usage d'un puits à titre de servitude ou à titre de communauté et de copropriété étant le même, ne suffit pas pour faire connaître et pour caractériser la nature du droit de chacun de ceux qui s'en servent, lorsque les titres ne sont pas représentés. Malheureusement les titres sont souvent équivoques ou n'existent point.

S'ils ne sont point équivoques, si un titre contradictoire, quelque ancien qu'il soit, attribue le puits à l'une des parties ou à ses auteurs, la possession la plus longue, la plus continue d'y puiser, n'en peut donner à son adversaire la copropriété ou la communauté, quoiqu'on puisse acquérir un immeuble par la possession de trente ans, sans titres et nonobstant les titres de l'ancien propriétaire; car le propriétaire du puits conserve sa propriété en continuant d'y puiser, et son adversaire ne peut acquérir un droit de co-propriété par des actes qui ne caractérisent point ce droit plutôt qu'un droit de servitude, et qui d'ailleurs, ne sont point exclusifs. Ces actes ne peuvent donc être considérés que comme de pure tolérance ou de familiarité.

Dans le cas où il n'y a point de titres, s'il est reconnu ou prouvé que le terrain environnant le puits appartient à l'un des contendans, la propriété du puits serait censée lui appartenir par droit d'accession, et les actes du puisage fait par l'autre et par ses auteurs, seraient également regardés comme de simple tolérance.

Cependant si, outre la possession du puisage, il était prouvé que celui qui l'invoque en sa faveur a toujours contribué aux réparations

du puits, il devrait être jugé commun ; car ce n'est qu'en qualité de copropriétaire qu'il a pu être obligé d'y contribuer ; en recevant sa contribution, l'autre est censé avoir reconnu son droit de communauté.

Si les titres sont équivoques, on a recours à l'interprétation, qui est abandonnée à la sagacité des juges. Ces titres pourraient aussi, suivant les circonstances, être considérés comme un commencement de preuve écrite, et faire admettre la preuve testimoniale.

Quant à l'étendue et à l'exercice du droit de chaque copropriétaire sur l'objet resté en communauté, s'il n'est pas réglé ou déterminé par les titres ou par la prescription, on doit présumer que chacun a les mêmes droits et autant de droits que les autres. L'inégalité de valeur des héritages, non plus que le nombre des personnes qui occupent les étages ou les maisons auxquels le droit de communauté est attaché, n'entre point en considération pour fixer le plus ou moins d'étendue du droit de chacun, non plus que la proportion dans laquelle ils doivent contribuer aux réparations et impenses (1).

Il y a exception sur ce point à l'égard des gros murs et des toits d'une maison, qui sont à la charge des propriétaires des différens étages, en proportion de la valeur de chaque étage ; nous en avons parlé *suprà*, n^os^ 222 et suivans.

Quant aux réparations des autres choses communes, telles que les allées, puits, cloaques ou fosses d'aisances, etc., on doit suivre les usages locaux qui ne sont pas abrogés par le Code, à l'égard des choses dont il n'a point parlé.

S'il n'en existe pas, la contribution est réglée en proportion du nombre des étages de la maison ou des maisons auxquelles le droit de communauté est dû.

Il ne peut être fait aucun changement aux choses communes que du consentement de tous les copropriétaires (2), ou par l'autorité de justice, en cas de dissentiment.

Le droit de communauté finit des mêmes manières que les servitudes. L'abandon du droit ne libère pas celui qui le fait, des répara-

---

(1) Pothier, *Appendice au contrat de société*, n° 228. —[Comp. toutefois Lyon, 5 février 1834 ; Sir., 34, 2, 224 ; Dall., 34, 2, 153, et ce que dit l'auteur dans l'un des § suivans.]— (2) Leg. 28, *ff. Comm. divid.*, 10, 3. Le texte de cette loi est remarquable C'est Papinien qui parle : *Sabinus (ait) in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse. Undè manifestum est prohibendi jus esse ; in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. Sed et si in communi prohiberi socius à socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat cogi non potest, si cùm prohibere poterat hoc prætermisit. Et ideò per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quod si quid, absente socio, ad lxsionem ejus fecit, tum etiàm tollere cogitur.*—[*V.* rej. 17 novembre 1840, Journ. du Palais, tome 1, 1841, page 131 et la note.]

tions qu'il aurait occasionnées par son fait ou par celui des personnes dont il doit répondre. Il le décharge seulement de celles auxquelles donnent lieu la vétusté et l'*usage simple et légitime* de la chose commune; ainsi l'a fort bien jugé la Cour d'appel de Rennes, par arrêt du 9 août 1810, rapporté dans le *Journal des arrêts* de cette Cour, tome 1, page 371 et suiv.

Il s'agissait des réparations d'un pressoir commun. L'un des copropriétaires avait renoncé au droit qu'il y avait.

Mais Pothier, n° 229, observe avec raison que, s'il s'agit de la communauté d'un cloaque ou d'un privé, le copropriétaire qui abandonne son droit, n'est point déchargé des frais de la vidange à faire au moment de l'abandon; car il y a donné lieu *par son fait*, en contribuant à emplir le privé (*vid. suprà*, n° 219).

470. Après avoir expliqué la nature des propriétés souterraines et superficiaires, et celles des droits de *communauté*, nous passerons aux servitudes.

L'art. 637 définit la servitude, une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.

Car il ne peut exister de servitudes entre deux héritages appartenant au même propriétaire. *Nulli enim res sua servit jure servitutis* (1). La terre est libre; elle n'est pas en servitude quand elle ne donne ses services qu'au propriétaire.

471. L'héritage à qui la servitude est due s'appelle héritage dominant;

Celui qui la doit, héritage servant : qualifications qui n'établissent aucune prééminence d'un héritage sur l'autre (638).

La prééminence est une distinction morale ou politique, qui ne peut appartenir qu'aux hommes : la prééminence du magistrat dans ses fonctions sur le simple citoyen, celle des vieillards sur les jeunes gens. Mais la féodalité, qui avait introduit la distinction des personnes en nobles et en roturiers, et des nobles en différentes classes, avait introduit les mêmes distinctions dans les biens, qu'elle avait pour ainsi dire classés comme leurs possesseurs. Le Code a proscrit cet abus, en déclarant que les servitudes n'établissent aucune prééminence d'un héritage sur l'autre, afin qu'elles ne deviennent pas une occasion de reproduire des institutions abolies.

472. On entend par *héritage* toute espèce d'immeuble réel susceptible de propriété, soit fonds de terre, maisons, prés, vignes, bois, marais, étangs, etc., de quelque manière que nous les ayons acquis,

(1) Leg. 26, *ff. de Servit. præd. urb.*, 8, 2.

à titre de succession ou autrement. On les appelle *héritages*, parce qu'ils peuvent entrer dans une hérédité (*a*).

473. Tous les héritages ou biens immeubles, quel qu'en soit le propriétaire, peuvent être grevés de servitudes, soit qu'ils appartiennent à la nation ou à l'État, à des établissemens publics ou à des communes.

474. Cependant, un jurisconsulte d'un mérite éminent (1) a proposé une distinction entre ce qu'il appelle le domaine public et le domaine national, ou les propriétés nationales; entre le domaine municipal et les communaux, ou propriétés communales. Il pense qu'à la différence des propriétés nationales ou communales, le domaine public et le domaine municipal sont exempts de servitudes, parce qu'ils ne sont pas susceptibles d'une propriété privée.

475. Il prétend que *le domaine* public n'appartient, à titre *de domaine*, à qui que ce soit, et que l'État en est moins *le propriétaire que le conservateur*.

Les chemins, routes et rues, et autres objets référés dans les articles 538 et 540, forment *le domaine public* dans le sens de l'auteur. Il applique à tous ces objets la disposition de l'art. 714. « Il « est des choses qui n'appartiennent à personne, et dont l'usage est « commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir. »

Cette doctrine nous paraît manquer d'exactitude; néanmoins elle contient une réalité. Il est d'abord certain qu'il ne faut pas confondre les routes, les rues, les murs et fossés des villes, et autres objets dont parlent les art. 538 et 540, avec les choses dont parle l'art. 714, qui n'est relatif qu'aux choses que les jurisconsultes appellent *res communes*, *res nullius*, *Naturali jure communia sunt hæc*, *aer*;

---

(*a*) Le mot *héritage* vient sans doute du mot latin *herus*, qui signifie propriétaire. Dans l'ancienne langue latine *hæres*, héritier était synonyme de *dominus*: *pro hærede gerere* disent les *Institutes*, liv. 2, tit. 19, § 7, *est pro domino gerere*; *veteres enim hæredes pro dominis appellabant*. *V.* tome 4, n° 65. De même, quelques-unes de nos anciennes Coutumes et notamment celle de Lille emploient le mot *héritier* pour indiquer le propriétaire. *Ainsi*, *l'héritier d'une maison ou héritage ne s'enclôt s'il ne veut*. *V.* Pothier, *Traité du Contrat de société*, n° 234. *Héritage* paraît donc synonyme de *propriété*. Peut-être a-t-on appliqué cette désignation aux seuls immeubles, parce qu'ils forment les propriétés les plus importantes. — (1) M. Pardessus, dans son *Traité des servitudes*, 1re édition, pages 53, 55 et suivantes.

*Nota.* M. Pardessus a depuis beaucoup modifié ce qu'il avait dit dans sa première édition. *V.* la troisième, pages 59 et suivantes, pages 71 et suivantes, et surtout la quatrième, pages 49 et suivantes. Mais comme nous ne sommes point encore entièrement d'accord ni sur la distinction qu'il fait du domaine public et du domaine national et municipal, ni sur les conséquences qu'il tire de cette distinction, dont plusieurs nous paraissent dangereuses, nous laissons subsister la discussion, pour mettre le lecteur dans le cas de juger en connaissance de cause. *V.* aussi ce que nous disons tome 6, nos 157 et suiv. des choses hors du commerce.

*aqua profluens, mare, et per hoc littora maris.* § 1, *Instit. de Rer. div.* En voici la preuve : cet article est une suite et une limitation de l'art. 713, qui attribue à la nation ou à l'État les choses qui n'ont pas de maître. On avait inséré dans le projet de Code, rédigé par la commission, un article qui portait : « La loi civile ne reconnaît « point le droit de simple occupation.

« Les biens qui n'ont jamais eu de maître, et ceux qui sont va- « cans..... appartiennent à la nation. »

La Cour d'appel de Paris observa, avec beaucoup de raison, qu'il n'était point exact de dire, « d'une manière si générale, que la loi « civile ne reconnaît point le droit de simple *occupation, et que les « biens qui n'ont jamais eu de maître appartiennent à la nation. « Il y a des choses*, ajoutait cette Cour, que les jurisconsultes ap- « pellent *res communes, res nullius*. Entend-on soustraire aux par- « ticuliers la faculté d'acquérir ces choses pour les donner exclusi- « vement à la nation? Est-ce qu'un particulier qui va puiser de l'eau « à la rivière, n'acquiert pas le domaine de l'eau qu'il a puisée? Les « pierres, les coquillages qu'on ramasse sur le bord de la mer, n'ap- « partiennent-il pas à celui qui s'en saisit? On peut citer cent exem- « ples pareils (1). »

Sur cette sage observation, le projet fut réformé. L'article proposé fut réduit à la simple énonciation contenue dans l'art. 713 : « Les « biens qui n'ont pas de maître appartiennent à la nation. » Et comme cette disposition trop générale ne peut s'appliquer aux choses communes, on ajouta à leur égard l'exception ou limitation qui forme l'article 714, conçu presque dans les mêmes termes que l'observation de la Cour d'appel de Paris : « Il est des choses *qui n'appartiennent « à personne*, et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police « règlent la manière d'en jouir. »

Il nous paraît donc que cet article ne s'applique qu'aux choses *communes*, l'air, l'eau, la mer, et aux choses *nullius*, telles que les coquillages, les varechs, les poissons, les oiseaux et tous les animaux sauvages, et non point à toutes les choses dont parlent les art. 538 et 540, et qui sont, comme le dit le texte, *des dépendances du domaine public*, ou qui en font *partie*, mais qui ne *le forment* pas seules.

476. Cependant il est vrai qu'il y a, dans le domaine public ou national des choses qui ne sont point, par leur nature, susceptibles d'une propriété privée; mais ce ne sont pas toutes celles qui sont

(1) *Observations de la Cour d'appel* de Paris, sur la 3e partie du Code, page 7.

énumérées dans les art. 538 et 540. Par exemple, *les lais et relais de la mer* sont certainement susceptibles d'une propriété privée, non-seulement par leur nature, mais encore par leur destination. Ils sont destinés à être concédés à des particuliers pour être mis en valeur, et l'art. 41 de la loi du 16 septembre 1807, autorise le gouvernement à les concéder aux conditions qu'il juge à propos, quoique les autres domaines nationaux ne puissent être vendus qu'en vertu d'un décret du Corps législatif (art. 8 de la loi du 1er décembre 1790, décrétée le 22 novembre précédent).

477. Quelles sont donc les choses qui ne sont point susceptibles d'une propriété privée? Ce sont les fleuves et rivières navigables, et surtout les ports, les havres, les rades, qui en effet ne sont pas plus, par leur nature, susceptibles d'une propriété privée, que la mer ou l'eau qui les couvre, dont la propriété n'appartient à personne, et dont l'usage seulement est commun à tout le genre humain. Mais quoique la propriété de la mer ne puisse appartenir à personne (1), on en excepte avec raison les parties qui sont renfermées dans le territoire d'une nation, et qui forment les ports, les havres, les rades. Ces objets appartiennent au souverain de l'État, moins à titre de propriété qu'à titre de souveraineté; raison pour laquelle ils ne sont pas susceptibles d'une propriété privée. Toutes les autres parties du domaine public en sont susceptibles par leur nature, puisque toutes sont susceptibles d'être exclusivement possédées par des individus, en vertu d'une concession ou d'une vente faite en exécution d'une loi décrétée par le Corps législatif, sur la proposition du Gouvernement.

478. Il est vrai qu'il y a, dans le domaine national, des choses affectées à des usages d'une utilité publique, incompatibles avec une propriété privée; et pendant que dure cette affectation, ces choses ne peuvent être possédées exclusivement par des particuliers; mais cette affectation peut cesser, et ces choses rentrent alors dans la classe des domaines ordinaires, susceptibles d'être possédés et acquis par des particuliers, par vente ou prescription. Cette affectation cesse de plusieurs manières, par une loi, par une ordonnance royale, par un long usage contraire. C'est ainsi que les remparts et fortifications des anciennes villes, qui ont cessé d'être places fortes, sont rentrés dans le commerce, et sont reconnus être susceptibles d'être possédés exclusivement, et d'être prescrits par des particuliers (art. 541 du

(1) *V.* les doctes *Dissertations* de Grotius, *mare liberum;* de Selden, *mare clausum;* de Bynkershoeck, *de Dominio maris;* de Strauckius, etc., etc.

Code; art. 5 de la loi du 1er décembre 1790, *sur la nature du domaine national et ses principales divisions.*)

Mais il faut remarquer que si les usages publics auxquels une chose est consacrée, sont incompatibles avec une propriété privée et exclusive de cette chose, ils sont le plus souvent compatibles avec certaines servitudes établies pour l'utilité d'un héritage voisin (1).

479. Après avoir ainsi fixé les idées sur la nature des différentes parties du domaine national, voyons s'il est vrai qu'elles ne soient pas susceptibles de servitudes.

Il paraîtrait d'abord que les choses communes n'en seraient pas susceptibles, puisqu'elles ne sont pas susceptibles d'une propriété privée; cependant, en y regardant de plus près, on trouve que les particuliers y peuvent acquérir des droits comparables aux servitudes, et qui en ont tous les caractères. Commençons par la mer et ses rivages.

Les particuliers ne peuvent-ils pas acquérir le droit d'avoir des pêcheries sur le rivage de la mer, comme ils peuvent l'acquérir sur des lacs ou des étangs particuliers? Le droit d'avoir des pêcheries, des parcs ou écluses, des bouchots, etc., sur le rivage de la mer, s'acquérait, même autrefois, par la longue possession ou par la prescription. Mais l'inaliénabilité du domaine ayant été définitivement consacrée par l'édit de février 1566, le droit d'avoir des pêcheries sur le rivage de la mer cessa de pouvoir s'acquérir par prescription. L'ordonnance de 1584, art. 84 et 85, ordonna la démolition des parcs ou pêcheries, dans la construction desquels il entre bois ou pierres, à l'exception de ceux bâtis avant l'année 1544, dans la jouissance desquels les possesseurs sont maintenus. L'ordonnance de la marine répéta cette disposition, liv. 5, tit. 3, art. 4, en réglant la manière dont les parcs doivent être construits.

Les particuliers ont encore, en plusieurs lieux, acquis le droit de clore, par des chaussées en pierres, les petites anses ou l'extrémité des petites anses que forme la mer en s'avançant dans leurs terres, et de faire, au moyen de ces chaussées, des étangs d'eau de mer qui se renouvellent à chaque marée, et sur lesquels sont établis des moulins très productifs.

En d'autres lieux, ils ont acquis sur la mer de véritables prises d'eau, en l'introduisant dans l'intérieur de leurs propriétés pour y former des marais salans (*a*).

---

(1) C'est ainsi qu'on voit des églises dont les murs sont grevés de servitude *oneri ferendis*, en faveur d'une maison contiguë établie originairement pour servir de presbytère, aujourd'hui vendue à des particuliers. — (*a*) Il est bien en-

Enfin, les habitans de certaines paroisses situées sur les côtes de la mer, n'ont-ils pas le droit exclusif (1) de cueillir ou de couper les plantes maritimes appelées *varechs*, *sart* ou *gouesmon*, qui croissent sur les rochers de la mer, *à l'endroit de leurs territoires?* (Ordonnance de la marine, liv. 4, tit. 10, art. 1).

Les rochers que les eaux de la mer couvrent et découvrent alternativement, font incontestablement partie de ses rivages et par conséquent du domaine public. Le droit d'y couper les varechs est une véritable servitude, qui ne diffère des servitudes ordinaires qu'en ce que celles-ci s'exercent sur un domaine privé.

Quant aux rivières navigables, il est évident qu'elles peuvent être grevées de différentes servitudes; la preuve s'en tire du texte même des lois. L'ordonnance des eaux, bois et forêts, tit. 27, art. 41, en déclarant que la propriété de tous les fleuves et rivières navigables *sans artifice*, fait partie du domaine de la couronne, réserve *les droits de pêche*, *moulins*, *bacs* et *autres usages* que les particuliers *peuvent* y avoir par *titres* et *possessions valables*, auxquels *ils seront maintenus*.

Les rivières navigables sont donc susceptibles d'être grevées, et sont en effet réellement grevées de différentes servitudes. La loi du 6 octobre 1791 les avait même soumises au droit commun, qui permet à toute personne dont la propriété borde une eau courante, de s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses héritages. Loin d'en excepter les rivières navigables, cette loi reconnaissait à tout propriétaire riverain, *en vertu d'un droit commun*, celui d'y faire *des prises d'eau*, sans néanmoins en détourner ni embarrasser le cours d'une manière nuisible à la navigation.

Si ce droit est enlevé aux particuliers par l'article 644 du Code, il n'est pas ôté à ceux qui, suivant l'ordonnance des eaux et forêts, sont fondés *en titres et possessions valables* (2).

---

tendu que l'auteur ne parle ici que d'acquisitions fondées sur une loi ou sur une concession de l'autorité compétente. Il réserve formellement la question de savoir si on peut acquérir une servitude par prescription sur le domaine public. *V.* ci-après n° 483, tome 6, n° 167.

(1) Un arrêté du représentant du peuple Carpentier, en date du 12 ventôse an II, leur avait enlevé ce droit exclusif pour le rendre commun à tout le monde, mais cet arrêté fut rapporté par arrêté du Gouvernement, du 18 thermidor an X, imprimé dans le *Bulletin des lois*. *V.* aussi le *Nouveau Répertoire*, vo Varech.—[*V.* sur le droit de récolter le Varech, Cass. 22 novembre 1832, Journ. du Palais, tome 1, 1839, page 267; *id.* 17 juillet 1839; Sir., 39, 1, 718, Journ. du Palais, tome 2, 1839, page 43; rej. 2 février 1842. Journ. du Palais, tome 1, 1842, page 584.]—(2) *V.* l'art. 10 de l'*arrêté* du Directoire exécutif, du 19 ventôse an VI. —[*V.* aussi rej. 16 juin 1835; Sirey, 35, 1, 305. Aujourd'hui il est d'usage d'insérer dans les actes que la concession sera toujours révocable. *V.* Décret du 12 février 1813. Pardessus, Servitudes, 8e édition, tome 1, page 100.]

480. Si les parties du domaine public, qui, par leur nature, ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, peuvent être grevées de servitudes, il faut en dire autant, à plus forte raison, des parties du même domaine qui, quoique actuellement consacrées à des usages publics, sont néanmoins susceptibles d'être exclusivement possédées par des particuliers. Elles peuvent être grevées de toutes les servitudes qui ne sont pas incompatibles avec les usages auxquels elles sont consacrées; elles peuvent l'être par une concession faite suivant les formes prescrites, quelquefois par prescription, souvent par leur destination, par la permission expresse ou tacite de la loi et de l'autorité publique. C'est ainsi que l'art. 681 du Code permet à tout propriétaire d'établir des toits, de manière que les eaux pluviales s'écoulent *sur la voie publique;* c'est encore ainsi que les usances de Rennes, art. 8, permettent à tout propriétaire d'établir des conduits ou des aqueducs particuliers sous les rues, pour conduire les eaux de leurs maisons au conduit ou aqueduc public. Enfin, l'autorité publique, en faisant donner aux particuliers, par des ingénieurs, l'alignement qu'il faut suivre en bâtissant sur les rues, sur les places, chemins ou promenades, etc., leur concède tacitement, mais nécessairement, le droit d'ouvrir des portes, des fenêtres, et par conséquent le droit de passer pour aller et venir à leurs maisons.

481. Cependant on prétend que, quel que soit l'usage que les particuliers peuvent faire du domaine public ou municipal, *à quelque titre qu'ils obtiennent* cet usage, il ne peut être considéré comme une servitude (1); qu'il n'a pas le caractère qui les distingue exclu-

(1) Pour le prouver, on cite deux lois romaines; l'une, la loi 2, *ff. Communia præd.*, dans laquelle il s'agit de savoir si le droit de puiser de l'eau à une rivière, au moyen d'une roue ou autre machine, *de aquâ per rotam ex flumine tollendâ*, ou le droit de puisage imposé à un château d'eau, *castellum*, étaient des servitudes prédiales : *quidam dubitaverunt ne hæ servitutes non essent.* Mais Ulpien nous apprend que l'empereur Antonin avait décidé que si cette servitude n'était pas valide dans la subtilité du droit, *licèt servitus jure non valuit*, elle devait néanmoins être maintenue, si le droit avait été légitimement acquis. Remarquez que, suivant Cujas, il s'agit ici d'une rivière particulière, *de flumine privato;* s'il en est ainsi, cette loi est tout à fait étrangère à la question qui nous occupe; si, au contraire, on l'applique aussi à une rivière publique, *flumen publicum*, avec Accurse et Brunneman, elle détruit l'opinion que je combats, puisqu'elle décide que la servitude doit exister malgré la subtilité du droit. L'autre loi citée est la loi 8, § 3, *ff. de Servit. præd. rustic.*, où il est dit que la concession du droit de puisage à une fontaine privée, emporte la concession du droit de passage pour y arriver, parce que la concession du premier droit renferme nécessairement celle du second, sans lequel le premier ne peut être exercé. Au contraire, dit Nératius, s'il s'agit d'un fleuve public, c'est le passage qu'il faut concéder, et non le droit de puisage; si quelqu'un n'accorde que le droit de puisage, il n'accorde rien. Ainsi le passage n'est pas dû. La raison en est que le droit de puiser de l'eau à un fleuve public appartient à tout le monde.

sivement, celui d'être exercé à titre de droit *adhérent à tel ou tel « immeuble*, et de *n'être pas le fruit de la tolérance*, car qu'importe, « dit-on, que celui qui passe dans une rue ou se promène sur une « place, ait ou non une propriété dans la ville où il use de cette fa- « culté? »

Mais comment confondre le droit du public de passer dans les rues, dans les chemins, de se promener sur une place, avec les droits réels du propriétaire d'une maison?

Est-il possible de nier que les droits d'égout, d'aqueduc, les droits de vue, celui de passage pour entrer et sortir, etc., ne soient pas adhérens à la maison? Est-il possible de soutenir que ces droits ne soient que le fruit de la tolérance, quand celui qui les exerce ne le fait qu'en vertu d'une permission de la loi, d'une concession expresse ou tacite de l'autorité compétente.

482. Cette doctrine pourrait être indifférente dans la théorie, si l'on n'en tirait des conséquences pernicieuses dans la pratique. On en conclut que, quel que soit le temps « pendant lequel on a fait écouler « les eaux sur une place publique, une rue, un chemin..., si des dis- « positions nouvelles, légalement faites, changeaient la destination « de ces lieux, on ne pourrait y conserver d'égoûts, etc. Celui qui, « par aliénation ou autre concession, deviendrait propriétaire du ter- « rain, du chemin ou de la place, pourrait avec fondement préten- « dre qu'il n'est pas chargé de ces servitudes. »

Ainsi, le père de famille qui, sur la foi de la loi et de l'autorité publique, a bâti à grands frais sur une place, sur un chemin, etc., une belle façade, n'a qu'une propriété précaire. Si la place, si le chemin changent de destination, celui qui deviendrait concessionnaire du terrain pourrait contraindre tous les propriétaires riverains à fermer leurs portes et leurs fenêtres, leur refuser le passage, etc., ou les forcer à racheter ces droits au prix qu'y mettraient son caprice et leurs besoins. Une assertion aussi contraire à la justice et à l'équité devrait être soutenue d'une loi précise, et l'on n'en cite aucune.

La question s'est présentée à la Cour de Rennes. Un particulier s'était fait concéder, dans une petite ville, portion du terrain d'une ancienne place publique, devenue inutile par un nouvel alignement; il avait obtenu le droit de l'enclore. Un autre particulier possédait une maison qui, de temps immémorial, avait des fenêtres d'aspect ouvertes sur cette ancienne place. Le concessionnaire prétendit les

---

en le concédant, on ne concède rien. Il est difficile de voir quel rapport cette loi peut avoir à la question de savoir si le domaine public ou municipal est susceptible de servitude.

faire supprimer ou les rendre inutiles, en les bouchant avec des planches et des pierres; mais sa prétention fut proscrite par arrêt du 20 février 1811 (*a*).

483. Résumant, le domaine public et le domaine municipal sont, par leur nature, susceptibles de servitudes comme les propriétés particulières. Aucune loi ne défend qu'ils soient grevés des servitudes compatibles avec les usages auxquels ils sont destinés. Il y a même des lois qui permettent expressément d'établir des servitudes sur certaines dépendances de ces domaines. La sûreté, la décoration des villes, exigent que les maisons particulières aient des fenêtres et des ouvertures sur les rues et sur les places. L'ordonnance des eaux et forêts, tit. 27, art. 41, porte que les rivières navigables peuvent être assujetties *au droit de pêche et autres usages*, par *titres et possessions valables*. Le domaine public et le domaine municipal peuvent donc être grevés de servitudes en vertu de la loi, en vertu d'une concession expresse ou tacite de l'autorité compétente, laquelle pouvant les vendre, peut, à plus forte raison, les grever de servitudes, lesquelles, dans le premier comme dans le second cas, ne peuvent être réputées précaires.

Mais peut-on acquérir des servitudes par prescription sur le domaine public ou municipal? C'est ce que nous examinerons en expliquant l'art. 2226, qui porte : « On ne peut prescrire le *domaine* des « choses qui ne sont pas dans le commerce.

---

### CHAPITRES I ET II.

*Des servitudes établies par la loi et de celles qui dérivent de la situation des lieux.*

SOMMAIRE.

484. Raisons pour réunir ces deux chapitres, et en quoi consistent les servitudes qui dérivent de la situation des lieux.
485. Pourquoi on a replacé au titre de la propriété plusieurs dispositions de ces deux chapitres.

484. Nous croyons devoir réunir ces deux chapitres en un seul, parce que les servitudes qui s'y trouvent expliquées sont de la même

---

(*a*) La loi du 24 mai 1842 relative aux portions de routes royales délaissées par suite de changement de tracé ou d'ouverture d'une nouvelle route, semble reposer au contraire sur le principe que les riverains des routes n'ont point un droit de servitude sur les routes; mais elle tient compte de la position fâcheuse où se trouveraient ces riverains si tout à coup une route changeant de destination, ils se trouvaient privés de tous les avantages qu'elle leur présentait. V. les notes sur cette loi dans ma collection, tome 42, page 110 et suiv.

classe, c'est-à-dire des servitudes établies par la loi. Sans doute, les fonds inférieurs sont obligés de souffrir les eaux et les autres choses qui tombent naturellement des fonds supérieurs, la chute des pierres, l'éboulement des terres, etc.

Mais cette obligation n'est point une servitude; c'est subir la loi de la nature. Celle de la prudence commande au propriétaire qui craint de pareils fléaux de s'en défendre par des ouvrages d'art. Tout propriétaire peut disposer de son fonds de la manière la plus absolue (544), faire au-dessus ou au-dessous telles constructions que bon lui semble (552). Le propriétaire du fonds inférieur pourrait donc, si l'on ne suivait que la loi de la propriété, élever des digues pour empêcher les eaux de couler sur son terrain, et les faire refluer vers le fonds supérieur, ou sur les fonds voisins.

Le propriétaire du fonds supérieur sur la surface duquel les eaux s'étendent d'une manière gênante, pourrait les réunir en masse dans un canal d'où elles s'écouleraient sur le fonds inférieur.

Mais cette liberté pouvant devenir très préjudiciable aux voisins, la loi, par un motif d'équité, a restreint ou limité sur ce point le droit de propriété des possesseurs des fonds supérieurs ou inférieurs; et cette limitation est une véritable servitude, une servitude légale (1), dont l'origine est même fort ancienne, puisque les lois des Douze Tables avaient une disposition sur ce sujet (2).

C'est donc la loi qui, en modifiant la propriété des fonds inférieurs ou supérieurs, établit cette servitude. Elle ne dérive pas plus de la situation des lieux que la plupart des autres servitudes légales; par exemple, le droit d'empêcher le propriétaire d'une maison contiguë d'ouvrir dans son mur une fenêtre sur l'héritage voisin. C'est toujours à raison de la situation des lieux que sont établies les servitudes. Ainsi, la division *en servitudes qui dérivent de la situation des lieux*, et *en servitudes établies par la loi*, manque d'exactitude.

Tels sont les motifs qui nous ont engagé à réunir ces deux chapitres.

485. Il faut encore observer qu'on y rencontre beaucoup de dispositions étrangères aux servitudes, telles que celles qui concernent le bornage, la mitoyenneté, etc. M. Maleville, l'un des rédacteurs du Code, en convient, et reconnaît que c'est un défaut de méthode (3).

---

(1) Nous en parlerons ci-après, sect. 2. — (2) Bouchaud, *Commentaire sur la loi des Douze Tables*, page 656, 1re édition. — (3) Tome 2, pages 100 et 107. Il excuse ce défaut, en disant que c'était le lieu le plus convenable pour placer ces règles. Il est vrai que les réformateurs de la Coutume de Paris les avaient placées au titre des servitudes; mais les lois de la méthode n'étaient pas encore bien connues. On avait confondu dans ce titre tout

Le mélange de ces dispositions avec celles qui concernent les servitudes est sans inconvénient dans un Code où l'on se propose de tracer aux citoyens la règle de leurs actions, et non de les former à l'étude de la jurisprudence.

Mais cette confusion nous paraît déplacée dans un ouvrage destiné à l'instruction de la jeunesse, à laquelle il ne faut donner que des idées claires et précises. Nous avons donc reporté ces dispositions au titre de la propriété, où elles se placent naturellement.

Après cet avertissement nécessaire, nous passons à l'examen des servitudes établies par la loi.

Elles ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers (649).

## SECTION PREMIÈRE.

*Des servitudes établies pour l'utilité publique ou communale.*

SOMMAIRE.

486. Quel est leur objet. Chemins de halage.
487. Si elles sont des servitudes proprement dites.
488. Elles consistent à souffrir ou à ne pas faire.

486. Les servitudes établies pour l'utilité publique ou communale, ont pour objet le marche-pied le long des rivières navigables ou flottables, la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux.

Tout ce qui concerne cette espèce de servitude est déterminé par des lois ou règlemens particuliers (650).

487. On peut dire que ces charges ne sont pas des servitudes proprement dites, dans le sens de l'art. 637; car elles ne sont pas imposées pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire, mais pour l'usage et l'utilité du public.

488. Au reste, ces charges, comme les autres servitudes, consistent à souffrir ou à ne pas faire.

---

ce qui concerne *les rapports des jurés ou experts*, sans doute parce que les questions qui s'élèvent au sujet des servitudes donnent souvent lieu à des rapports d'experts. La confusion qui règne dans ce titre de la *Coutume de Paris* avait confondu les idées de plusieurs jurisconsultes, tels que Bourjon, qui confond les règlemens entre voisins avec les servitudes légales. *V.* tome 2, pages 3 et 9, édition de 1747. Pothier avait placé ces règlemens dans un Appendice au contrat de société, parce qu'il croyait voir un quasi-contrat dans ces règlemens. Quant à nous, nous n'y voyons que des modifications de la propriété, parce qu'en effet, il ne s'agit que de régler l'étendue ou l'usage du droit de propriété, de le modifier, soit pour l'intérêt public, soit pour celui des voisins, et d'établir des règles pour empêcher qu'ils ne se nuisent réciproquement

## § I.

### Des chemins.

SOMMAIRE.

489. Division des chemins
490. Classification nouvelle des routes royales, autrefois réparées par corvées.
491. Des routes départementales.
492. Aux frais de qui sont réparées les routes royales et départementales.
493. Injustice de l'ancienne jurisprudence, qui chargeait les riverains de réparer les chemins vicinaux.
494. Ils sont aujourd'hui à la charge des communes.
495. On peut passer sur le champ riverain, quand le chemin est impraticable, mais les frais de reclôture sont à la charge de la commune.
496. Confirmation du principe par les lois et règlemens nouveaux.
497. Des chemins publics de traverse, des chemins particuliers de tolérance ou de servitude.
498. Par qui ces chemins sont réparés?
499. C'est aux conseils de préfecture à décider si un chemin est vicinal,
500. Et à prononcer sur les contraventions en matière de grande voirie,
501. Mais non sur les contraventions relatives au poids des voitures.
502. Ils ne peuvent prononcer l'emprisonnement. Renvoi au Code pénal pour connaître les peines.
503. En petite voirie, les contestations sont portées au tribunal de police.
504. S'il s'élève une contestation sur la propriété, il doit surseoir, et les conseils de préfecture renvoyer aux tribunaux civils.
505. Au contraire, les conseils de préfecture prononcent seuls sur la largeur des chemins vicinaux.
506. Les riverains supportent l'incommodité des réparations; quand ils doivent être indemnisés?
507. Des chemins de halage.
Des arbres plantés sur les chemins. Vid. *suprà*, n° 238.
507 *bis*. La défense de bâtir autour des places de guerre est une servitude légale.

489. Quant aux chemins, il faut en distinguer les différentes espèces : ils se divisent aujourd'hui en routes royales, en routes départementales, en chemins vicinaux, et chemins particuliers ou de traverse.

490. Les routes royales sont de trois classes, suivant la nouvelle classification faite par le décret du 16 décembre 1811.

Ces routes, et même les routes appelées aujourd'hui départementales, étaient autrefois entretenues et réparées par le moyen des corvées, genre de travail qui pesait presque uniquement sur la classe la plus pauvre. La corvée fut supprimée par un édit du mois de février 1776; mais sur la résistance qu'éprouva cet édit, et à la sollicitation des gens puissans et en crédit, la corvée fut rétablie par la déclaration du 11 août suivant.

La loi du 16 frimaire an II ordonna que tous les grands chemins seraient faits et entretenus par le trésor public. Les lois des 24 fructidor an V, 9 vendémiaire et 3 nivôse an VI, et 24 brumaire an VII, avaient ordonné qu'il serait perçu sur toutes les grandes routes une

taxe d'entretien, dont le produit était spécialement et uniquement affecté aux dépenses de leurs réparations et confections, ainsi qu'à celles de leur administration, mais cette taxe a été supprimée par la loi du 24 avril 1806, dont l'art. 59 affecte exclusivement à l'entretien des routes et aux travaux des ponts et chaussées, le produit de la contribution qu'elle établit sur le sel.

491. Les routes départementales sont toutes les grandes routes, autres que les royales. Elles étaient connues, jusqu'à la publication du décret du 26 décembre 1811, sous le nom *de routes de troisième classe*.

492. Les routes royales de première et seconde classes sont entièrement construites, reconstruites et entretenues aux frais du trésor royal (art. 5).

Les frais de construction, de reconstruction et d'entretien des routes royales de troisième classe, sont supportés concurremment par le trésor royal et par les départemens qu'elles traversent (art. 6).

La construction, la reconstruction et l'entretien des routes départementales demeurent à la charge des départemens, arrondissemens et communes (1) qui sont reconnus participer plus particulièrement à leur usage (art. 7).

On peut au surplus recourir au texte du décret qui contient, sur la plantation des routes royales et sur la propriété des arbres plantés le long desdites routes, des dispositions qui dérogent en plusieurs points à la loi du 9 ventôse an XIII, dont nous avons parlé ci-dessus, n° 239.

493. Les chemins vicinaux, et tous les chemins publics autres que les grandes routes, étaient autrefois, en Bretagne et en beaucoup d'autres provinces, entretenus par les propriétaires des terres adjacentes, autrement appelés propriétaires riverains. Cette jurisprudence, qui n'était fondée sur aucune loi, édit ou déclaration du roi, mais sur les arrêts et règlemens des parlemens, était souverainement injuste, puisque les chemins étant faits pour l'utilité commune de tous les citoyens, doivent, suivant les règles de l'équité naturelle, être réparés à frais communs (2).

494. La loi sur les usages ruraux, du 6 octobre 1791, sect. 6, art. 2 et 3, ordonna que les chemins reconnus pour être nécessaires à la communication des paroisses ou communes, seront rendus prati-

---

(1) *V.* l'art. 29 de la loi du 16 septembre 1807, sur le *Desséchement* des marais.

—(2) *Si ex collatione privatorum reficiatur non utiquè privata est (via) : refectio enim idcircò de communi fit, quia usum utilitatemque communem habet.* Leg. 2, § 23, *Ne quid in loco publico vel itinere fiat, ff. lib.* 43, *tit.* 8.

cables et entretenus aux dépens des communes sur le terrain desquelles ils sont établis (*a*).

495. Cette même loi admet la servitude des propriétaires riverains, qui sont obligés de laisser passer sur leurs terres, lorsque le chemin adjacent est devenu impraticable : *Cùm via publica ruinâ amissa est, vicinus proximus viam præstare debet* (1).

L'art. 41, tit. 2 de la loi citée, porte que « tout voyageur qui « déclorra un champ pour se faire un passage, paiera le dommage « fait au propriétaire, à moins que le juge de paix du canton ne dé- « cide que le chemin était impraticable; et alors le dommage et les « frais de clôture sont à la charge de la communauté. »

La demande formée par un particulier contre une commune, pour qu'elle ait à réparer un chemin vicinal, est judiciaire et non administrative, comme l'a décidé une ordonnance du roi, du 18 avril 1816, qui casse un arrêté du conseil de préfecture du département de la Nièvre (2).

496. Loin de déroger à ces dispositions fondées sur l'équité, les lois et règlemens postérieurs n'ont fait que développer la manière de les exécuter. On trouve dans le Bulletin une foule de lois qui autorisent les communes à lever une imposition pour la réparation des chemins vicinaux. L'arrêté du Gouvernement, du 4 thermidor an x, répète, art. 6, que « les chemins vicinaux seront à la charge des « communes »; et l'article 13 du décret du 16 décembre 1811 le suppose également (3).

Outre la loi du 6 octobre 1791, que nous avons citée, il faut consulter, sur les chemins vicinaux, celle du 26 juillet 1790, qui ôte aux ci-devant seigneurs la propriété des chemins et le droit de voirie, et celle du 9 ventôse an XIII, qui charge l'administration de chercher et de faire connaître les anciennes limites des chemins vicinaux, et de fixer leur largeur suivant les localités.

Ces deux lois contiennent des dispositions intéressantes sur la plantation des chemins.

497. Si la loi du 6 octobre 1791, et celles qui l'ont suivi, ne mettent que les chemins vicinaux à la charge des communes, il n'en faut pas conclure que les autres soient à la charge des propriétaires riverains : ce serait une injustice d'autant plus criante, qu'il arrive fré-

(*a*) *V.* sur cette matière la loi du 21 mai 1836 dans ma Collection, tome 36, page 86 et suiv. — (1) Leg. 14, § 1, *ff. Quemad. servit. amitt.*, 7, 4. — (2) *V.* Sirey, tome 28, 2e part., page 96. — (3) Il a été fait par les préfets des différens départemens des règlemens de police sur les chemins vicinaux. *V.*, pour l'Ille-et-Vilaine, celui de M. Mounier, du 24 floréal an x; celui de M. Bonnaire, du 15 thermidor an XIII, fait en exécution d'une instruction ministérielle du 7 prairial précédent.

quemment qu'un chemin est inutile au propriétaire du champ adjacent, dont le service se fait par ailleurs, et que souvent la valeur de la propriété riveraine ne suffirait pas aux frais de réparations de la partie du chemin qui la borde (1).

Outre les chemins vicinaux qui conduisent d'une ville ou d'un bourg à une autre ville ou bourg, ou à une route royale ou départementale, il y a d'autres chemins publics qui conduisent d'un village ou hameau à un autre, ou même à une ville ou bourg ou à une route royale; on les appelle quelquefois chemins de traverse.

Il y a des chemins qui ne sont que pour l'utilité de quelques particuliers, pour aller et venir à leurs maisons, ou pour le service de leurs terres. On les appelle sentiers. Ces chemins ne peuvent être considérés comme vicinaux. Ils ne font point partie du domaine public ni du domaine municipal. Les contestations auxquelles pourrait donner lieu une anticipation faite sur cette voie par des particuliers, sont du ressort des tribunaux, et non de la compétence de l'autorité administrative (*voy.* le décret du 31 octobre 1809) (2).

Il y a des chemins de tolérance qui peuvent être ouverts ou fermés à la volonté du propriétaire sur le terrain duquel ils passent (*voy.* à ce sujet l'arrêt du 10 juillet 1782, rapporté dans le *Nouveau Répertoire*, v° CHEMIN DE SOUFFRANCE, et dans le *Nouveau Denisart*, v° CHEMIN).

498. Les chemins de traverse et les chemins particuliers doivent être réparés et entretenus par tous les propriétaires intéressés, qui doivent former d'accord un tableau de toutes les propriétés auxquelles le chemin est utile, afin de fixer la contribution de ces propriétés. S'ils ne peuvent s'accorder, il faut, pour contraindre les réfractaires, recourir à la justice ordinaire, et non à l'administration. C'est aux tribunaux qu'il appartient de rendre exécutoire le rôle qui fixe la contribution de chaque propriété, et de juger les contestations qu'il peut faire naître.

Les chemins de servitude sont entretenus et réparés par ceux à qui la servitude est due.

499. S'il s'élève des doutes sur le point de savoir si un chemin est royal ou vicinal, c'est au conseil de préfecture que la contestation doit être portée, sauf l'appel au conseil d'État (Loi du 29 floréal an x; art. 8 de la loi du 9 ventôse an XIII).

500. Ce sont aussi les conseils de préfecture qui connaissent, en vertu de la première de ces lois, des contraventions en matière de

(1) C'est une observation qui a aussi été faite par les rédacteurs du projet de Code rural, imprimé en 1808 par ordre du Gouvernement, page 80 des motifs. — (2) Sirey, tome 17, 2e part., page 194.

grande voirie, telles qu'anticipations (1) et détériorations de toutes espèces commises sur les grandes routes, sur les canaux, rivières navigables, leurs chemins de halage, francs bords, fossés et ouvrages d'art. Ces conseils statuent définitivement, et leurs arrêtés sont exécutés sans *visa* ni mandement des tribunaux, nonobstant et sauf le recours au Conseil d'état. Les individus condamnés sont contraints par l'envoi de garnisaires et saisie de meubles, en vertu desdits arrêtés, qui sont exécutoires et emportent hypothèque (art. 4 de la loi du 29 floréal an x).

501. Mais les contestations relatives aux contraventions sur le poids des voitures et la police du roulage, sur l'amende et sur sa quotité, sont portées devant le maire de la commune, et par lui jugées sommairement sans frais et sans formalités; ses décisions sont exécutées provisoirement, sauf le recours au Conseil de préfecture (*Voy.* le tit. 9 du décret du 23 juin 1806).

502. Lorsqu'une contravention aux lois de grande voirie emporte à la fois une amende et l'emprisonnement, les Conseils de préfecture ne peuvent prononcer que la première de ces deux peines, et ils doivent renvoyer, pour l'application de la seconde, devant le tribunal de police ou devant le tribunal correctionnel, suivant les cas, ainsi que l'a décidé le Conseil d'état, le 21 mars 1807 (2). Pour connaître quelles sont les peines des différentes contraventions, il faut recourir au Code pénal du 12 février 1810 (*a*).

503. La compétence des conseils de préfecture, relativement aux chemins vicinaux, est bornée au soin d'en rechercher et d'en reconnaître les anciennes limites, et d'en fixer la largeur après cette reconnaissance (*b*); d'empêcher qu'il soit fait aucun changement aux chemins qui excèdent la largeur fixée, et qu'on plante sur les bords

(1) Mais il n'appartient qu'aux tribunaux de connaître des contestations qui ont pour objet la question de savoir si un terrain litigieux est vicinal ou propriété privée. *V.* le décret du 7 février 1809, Sirey, tome 17, 2e part., page 110; autre décret du 4 juin 1809, *ibid.*, page 115, autre du 24 mars 1809, *ibid.*, page 104; autre du 21 novembre 1808, *ibid.*, page 104. — [ *V.* mes notes sur l'art. 11 de la loi du 21 mai 1836. Collection des lois, tome 36, page 120 et 121. ] — (2) Je n'ai point trouvé cette décision du Conseil d'état dans le *Bulletin des lois;* mais elle est rapportée par M. Merlin, *Nouveau Répertoire*, vo Chemin, page 256. — [ *V.* aussi Décret du 23 avril 1807, Sirey, 14, 2, 449; *idem*, 2 février 1808; Sirey, 16, 2, 313. ] — (*a*) *V.* Code pénal, art. 475, 476 et 477. — (*b*) Le fait d'usurpation sur les chemins vicinaux est aujourd'hui, le seul sur lequel le Conseil de préfecture soit appelé à prononcer. La déclaration de vicinalité ou l'interprétation de cette déclaration, la fixation de la largeur d'un chemin ou la recherche de ses limites sont des actes qui appartiennent exclusivement au préfet: *V.* sous l'art. 10 de la loi du 21 mai 1836, l'extrait de la Circulaire du Ministre de l'intérieur. *V.* aussi art. 15 de ladite loi et pour les plantations l'art. 21.

sans conserver cette largeur : les autres contraventions, en matière de petite voirie, sont de la compétence des tribunaux de police (1) ou des tribunaux correctionnels, suivant l'amende à laquelle la contravention donne lieu.

504. S'il s'élevait une contestation sur le point de savoir si un terrain forme un chemin public ou bien un chemin de tolérance, et par conséquent une propriété privée, ou même sur le point de savoir si une propriété privée est grevée d'un simple droit de passage envers le public, la contestation en appartiendrait aux tribunaux, qui décideraient ce que de droit, sur la question de propriété et contestations accessoires, comme il résulte de deux décrets du 28 juin 1806 et 25 mars 1807, imprimés dans le *Nouveau Répertoire* v° CHEMIN, page 262 (2).

Si donc un prévenu d'entreprises sur la voie publique soutient, pour sa défense, que la partie prétendue de la voie publique, qu'on l'accuse d'avoir usurpée, lui appartient comme portion de sa propriété particulière, le tribunal de police doit surseoir jusqu'à ce que la question de propriété soit jugée (3).

505. Si la contestation roulait sur le plus ou le moins de largeur d'un chemin public, ce serait aux Conseils de préfecture d'en connaître, parce que la loi du 9 ventôse an XIII leur attribue *la police de conservation des chemins vicinaux, en ce qui concerne leur direction, leur étendue et leur largeur*, comme le dit le décret du 24 juillet 1806, imprimé dans le *Nouveau Répertoire*, v° CHEMIN, page 262 (4).

506. Les propriétaires riverains doivent supporter l'incommodité que peuvent leur causer les réparations des chemins : c'est une servitude légale nécessaire; mais on ne peut prendre sur leur terrain la pierre, le sable, etc., qu'après les en avoir avertis et indemnisés : c'est la règle établie, même à l'égard des routes royales.

---

(1) *V.* le Code pénal, art. 471, n° 5; le décret du 25 mars 1807, arrêt de la Cour de cassation, du 2 mai 1811, Sirey, an 1811, page 379. — [ *V.* aussi extrait de la Circulaire du Ministre de l'intérieur dans mes notes sur l'art. 10 de la loi du 21 mai 1836. ] — (2) Arrêt de la Cour de cassation, du 28 février 1809, Sirey, an 1811, page 283 et suiv. — (3) *V.* les *Questions de droit* de Merlin, tome 3, page 285, et le mot Délit rural, dans le *Répertoire*. — [ *V.* extrait de la Circulaire du Ministre de l'intérieur dans mes notes sur l'art. 10 de la loi du 21 mai 1836; *Collection des lois*, tome 36, page 120 et 121. ] — (4) En matière de petite voirie, la compétence attribuée à l'autorité administrative, par la loi du 9 ventôse an XIII, ne concerne que la limitation des chemins vicinaux et la surveillance des plantations qui ont lieu. Mais aux tribunaux seuls appartient la répression des délits commis sur ces chemins ou sur leurs bords, tels que les fouilles et déplacement des terres qui pourraient gêner la circulation. Décret du 15 janvier 1809, Sirey, tome 17, 2e part., page 99. — [ *V* la note 1re du n° 503. ]

En attendant que le chemin soit réparé, s'il est nécessaire de passer sur une propriété riveraine, le propriétaire doit être indemnisé (1).

507. L'art. 7 du tit. 28 de l'*Ordonnance des eaux et forêts* de 1669 porte : « Les propriétaires des héritages aboutissant aux rivières navigables laisseront, le long des bords, 24 pieds au moins « de place en largeur pour chemin royal et trait des chevaux, sans « qu'ils puissent planter arbres ni tenir clôture ou haie plus près que « 30 pieds du côté que les bateaux se tirent, et 10 pieds de l'autre « bord, à peine de 500 fr. d'amende, confiscation des arbres, et « d'être les contrevenans condamnés à réparer et remettre les chemins en état, à leurs frais. »

Un décret du 8 vendémiaire an XIV ordonne que les contraventions à cet article seront jugées administrativement, conformément à la loi du 29 floréal an X, c'est-à-dire par les conseils de préfecture.

## § II.

### De la défense de bâtir autour des places de guerre.

507 *bis*. La défense de bâtir autour des places de guerre est une véritable servitude légale, imposée aux héritages circonvoisins pour l'utilité publique.

L'art. 30, tit. 1 de la loi du 10 juillet 1791, porte : « Il ne sera « *à l'avenir* bâti ni reconstruit aucune maison ni clôture de maçonnerie autour des places de première et seconde classes, même dans « leurs avenues et faubourgs, plus près qu'à 250 toises de la crête « du parapet des chemins couverts les plus avancés... Pourra néanmoins le ministre de la guerre déroger à cette disposition, pour « permettre la construction de moulins et autres semblables usines, « à une distance moindre que celle prohibée par le présent article, à « condition que lesdites usines ne seront composées que d'un rez-de-chaussée, et à charge par le propriétaire de ne recevoir aucune « indemnité pour démolition en cas de guerre. »

Il faut voir les articles suivans, et l'état des places de guerre et postes militaires classés suivant leur degré d'importance, imprimé à

(1) La connaissance des contestations auxquelles peut donner lieu la réparation des chemins vicinaux, est attribuée à l'autorité administrative. C'est devant elle que doit être portée l'action intentée par un particulier qui prétendrait que ces réparations lui ont causé des dommages. Décret du 30 janvier 1809. Sirey, tome 17, 2e part., page 102. — [ Pour la fixation de l'indemnité, voir l'art. 17 de la loi du 21 mai 1836. ]

la fin de cette loi. Cet état est aujourd'hui fort augmenté depuis nos conquêtes et les réunions faites au royaume.

L'art. 72 du décret du 24 décembre 1811, relatif à l'organisation et au service des états-majors des places, charge le commandant d'armes de veiller à l'exécution des articles cités de la loi du 10 juillet 1791 (*a*).

### § III.

**De la source qui fournit l'eau nécessaire à une communauté d'habitans.**

508. L'art. 643 du Code établit une servitude légale, pour cause d'utilité publique, en défendant au propriétaire d'une source d'en changer le cours, lorsqu'il fournit aux habitans d'une commune, d'un village ou d'un hameau, l'eau qui leur est nécessaire, sauf l'indemnité réglée par des experts, en cas que ces habitans n'en aient pas acquis l'usage par prescription. Nous en avons parlé ci-dessus, r° 134.

## SECTION II.

*Des servitudes légales établies pour l'utilité des particuliers.*

Ces servitudes peuvent être en grand nombre; nous nous bornerons à expliquer les plus connues, et principalement celles dont parle le Code.

### § I.

**Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux relativement aux eaux.**

SOMMAIRE.

509. En quoi consistent ces servitudes.
510. Des ouvrages faits au préjudice de ces servitudes.
511. De l'ouvrage fait publiquement

509. Nous avons vu ci-dessus, n^os^ 131 et suivans, que c'est en vertu du droit de propriété que le propriétaire d'un fonds dispose des eaux qui sont au-dessus, soit qu'elles y prennent naissance, soit qu'elles ne fassent que le traverser.

Mais cette faculté est limitée relativement aux eaux qui traversent le fonds. Si le propriétaire supérieur peut disposer de ces eaux pour son usage, ce n'est qu'à la condition de les rendre à leur cours ordinaire.

(*a*) *V.* Les art. 2 et suiv. de la loi du 17 juillet 1819 et l'Ordonnance du 1er août 1821.

De plus, il ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur, obligé de recevoir l'écoulement des eaux (640). Ainsi, il ne peut rassembler les eaux de manière à les faire tomber sur le fonds inférieur avec plus de rapidité ou d'abondance, et à lui causer par ce moyen du préjudice.

Mais il peut faire les sillons qu'exige la culture de son champ, sans les faire plus profonds ni plus en pente qu'il n'est nécessaire (1).

Le propriétaire inférieur ne peut également faire élever aucune digue qui empêche l'écoulement des eaux (640), ni aucuns ouvrages qui repoussent et fassent refluer dans le fonds supérieur les eaux qui en découlent.

510. Si l'un des propriétaires a fait, au préjudice de ces servitudes, quelques ouvrages nuisibles au fonds inférieur ou supérieur, celui qui souffre le dommage peut en demander la destruction.

La démolition de l'ouvrage est aux frais du défendeur, s'il a été fait par ses ordres ou par les ordres de celui dont il est héritier; et celui à qui l'ouvrage est utile est toujours présumé l'avoir fait ou fait faire. Si l'ouvrage avait été fait par un tiers dont le défendeur ne fût pas garant, celui-ci ne serait tenu à autre chose qu'à souffrir la destruction de l'ouvrage aux frais du demandeur, qui doit s'imputer de n'avoir pas agi contre l'auteur de la voie de fait. *Si ipse feci... meâ impensâ tollere me cogendum; si alius qui ad me non pertinet, sufficere ut patiar te tollere : quod autem is cui hæres sum fecit perindè est ac si fecissem*, Loi 6, § 7, *ff. de Aquâ*.

Le demandeur ne peut exiger les dommages et intérêts que depuis qu'il a demandé la démolition de l'ouvrage nuisible; il est en faute de ne s'y être pas opposé. Leg. 6, § 6, *ff. de Aquâ*, 39. 3 (*a*).

---

(1) Pothier, *Appendice au contrat de société*, n°. 236. — [ L'article 640 ne s'étend pas aux eaux souterraines qui n'avaient pas d'issue extérieure et que le propriétaire a fait surgir à la surface par des travaux d'art. *Sic* Duranton, tome 5, n° 166 et Zachariæ., tome 2, § 235, n° 4. Comp. toutefois, Pardessus, tome 1, n° 83.] — (*a*) Cette décision me paraît inadmissible. Le propriétaire qui a fait des ouvrages qui ont été nuisibles au fonds voisin doit réparer tout le préjudice qu'il a occasionné, soit avant soit depuis que la démolition a été demandée. Notre auteur dit : que le demandeur est en faute de ne pas s'être opposé à l'établissement de l'ouvrage nuisible. Mais comment aurait-il pu s'y opposer, puisque dans l'hypothèse il est censé n'en avoir pas eu connaissance? *V.* le n° suivant : La loi 6, § 6, *ff. de Aquâ*, dit bien à la vérité, que dans l'action *aquæ pluviæ arcendæ* le juge ne peut qu'ordonner le rétablissement des lieux et la réparation du dommage arrivé seulement depuis la litiscontestation, et la loi 1re § 1, en donne la raison *hæc actio*, y est-il dit, *locum habet in damno nondùm facto, opere tamen jam facto:* la loi 14, § 2 exprime la même chose : « *In hoc judicium, sicut in damnis infectis futurum damnum venit : cum reliquis ferè omnibus judiciis præteritum præstetur.* » Il ne faut donc pas conclure de la loi 6, § 6, que le propriétaire lésé n'a aucune action pour se faire indemniser du dommage qui a eu lieu avant la litis-

511. Mais si l'ouvrage avait été fait publiquement, au vu et au su du propriétaire du fonds dominant, son silence pourrait, suivant les circonstances, faire présumer son approbation et son consentement (1), et il en résulterait une extinction de la servitude, sauf l'action en indemnité pendant trente ans (*a*), comme nous le dirons ci-après, en parlant de l'extinction des servitudes par la remise expresse ou tacite de celui à qui elles sont dues

## § II.

### De la distance requise pour planter des arbres près de l'héritage voisin, et du droit d'y cueillir les fruits qui y tombent.

SOMMAIRE.

512. Les arbres de haute tige doivent être plantés à 2 mètres de la ligne de séparation, et les autres, ainsi que les haies, à un demi-mètre.
513. Antiquité de cette servitude, conservation des anciens usages.
514. Quand on peut demander que les arbres plantés trop près soient arrachés.
515. *Quid*, si les arbres étaient plantés antérieurement au Code? Peut-on les remplacer quand ils sont abattus?
516 En plantant les chemins vicinaux, il faut observer la distance de 2 mètres de l'héritage voisin.
517. Des fruits qui tombent sur l'héritage voisin.

512. En vertu du droit de propriété, le propriétaire peut faire sur son terrain toutes les plantations qu'il juge à propos. C'est donc une véritable servitude négative qu'établit l'art. 671, en défendant de planter des arbres de haute tige plus près qu'à la distance de 2 mètres de la ligne de séparation des deux héritages, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres arbres et haies vives (*b*).

513. Cette servitude remonte à une antiquité fort reculée, puisqu'elle vient des lois de Solon, d'où elle passa dans les lois des *Douze Tables*, et de là dans les *Pandectes de Justinien* (2). Quelques cou-

---

contestation. La loi 14. § 3, décide le contraire dans les termes les plus précis *De eo quod ante datum est*, dit-elle, *quòd vi aut clam agendum est.*]

(1) Argum., loi 28, *ff. Communi divid.*, 10. 3.—[*V* aussi L. 19 et 20 *ff. de Aqud.*—(*a*) Si on suppose que les travaux ont eu lieu du consentement du propriétaire, il me semble fort difficile d'admettre celui-ci à réclamer plus tard une indemnité. Au reste, je doute fort que la loi 19 précitée qui refuse toute action au propriétaire qui a souffert l'établissement des travaux, *qui passus est opus ex quo ei aqua pluvia nocet*, puisse s'appliquer aujourd'hui. Comp. le no 514 ci-après.]—(*b*) Cette défense s'applique même aux forêts. Ordonnance réglementaire du Code forestier, art. 176, al. 2. Rennes, 19 juin 1838. Journ. du Palais, tome 2, 1842, page 143; ainsi qu'aux héritages urbains. Nîmes, 14 juin 1833, Journ. du Palais à sa date. — (2) Leg. 13. *ff. Fin. regund.*, 10, 1. Bouchaud, *Discours préliminaire* sur la loi des *Douze Tables*, page 55 et suiv.; Fournel, *Traité du voisinage*, vo Arbre. La 3e édition a été revue par M Tardif et publiée en 1827, en 2 vol. in-8o.

tumes de France avaient des dispositions sur ce point; le silence des autres était réparé par des usages locaux que le Code civil laisse subsister, pourvu qu'ils soient *constans et reconnus*, parce qu'il les suppose appropriés à la nature du sol, aux productions et aux mœurs du pays.

En Bretagne, nous n'avions pas sur ce point d'usage assez constant pour être invoqué depuis la promulgation du Code civil, de préférence à ses dispositions, comme on peut s'en assurer en lisant les *Principes* de Duparc-Poullain (1), l'auteur qui a recueilli nos usages avec le plus d'exactitude. Il convient que nous n'avions point de règles à l'égard des haies vives: Il pense seulement que le voisin qui s'opposerait à la plantation d'une haie, aurait pu faire fixer par la justice une distance convenable, parce que, dit-il, nous suivons la règle générale qui autorise le voisin à empêcher de planter des arbres à moins de 5 pieds de distance de son terrain.

514. Cet auteur pensait aussi, en appliquant à cette espèce la disposition de l'art. 392 de la coutume dont nous avons parlé plus haut, qu'après le délai d'un an, le voisin ne pouvait plus demander que les arbres plantés trop près de son terrain fussent arrachés. Son opinion ne peut plus être d'aucune considération pour les arbres plantés postérieurement au Code, puisque l'art. 672 donne expressément au voisin le droit d'exiger que les arbres et haies plantés à une moindre distance soient arrachés, sans fixer aucun délai pour former cette demande. Il en résulte qu'on ne peut appliquer ici la maxime *ex scientiâ præsumitur consensus*, et que cette demande peut être formée en tout temps, jusqu'à ce que l'autre voisin ne puisse invoquer la possession de trente ans; car alors il aurait prescrit la servitude continue et affirmative d'avoir ses arbres plantés dans une distance plus rapprochée que celle qui est fixée par la loi (*a*).

515. Mais si les arbres étaient plantés antérieurement au Code, il paraîtrait difficile aujourd'hui d'obtenir qu'ils fussent arrachés.

Si la disposition des lieux était telle qu'elle pût empêcher le voisin de connaître l'existence des arbres plantés trop près de son fonds, par exemple, derrière le mur d'une maison où il n'y a point de fenêtres, il en résulterait que la possession n'étant pas publique, la prescription n'est pas acquise.

Si les arbres plantés depuis plus de trente ans dans une moindre

(1) Tome 8, page 33. — (*a*) C'est un point constant en doctrine et en jurisprudence. *V.* en ce sens, rej., 29 mai 1832, Sirey, 32, 1, 323. Rennes, 19 juin 1838; Journ. du Palais, tome 2, 1842, page 143; Bourges, 8 décembre 1841; Journ. du Palais, tome 2, 1842, page 144.

distance que ne l'exige la loi, venaient à périr ou à être abattus, ils pourraient être remplacés par d'autres arbres de même essence, et non d'une essence plus nuisible, pourvu que ce fût en même nombre et dans les mêmes places (*a*).

516. En plantant les chemins vicinaux, on doit se conformer à la règle établie sur l'intervalle qui doit séparer les arbres plantés des héritages voisins (art. 8 de la loi du 26 juillet 1790) (*b*).

517. Le propriétaire, quoiqu'il ait le droit de faire couper les branches des arbres qui s'étendent sur son héritage, ne peut prétendre les fruits de ces branches, lorsqu'il a négligé de contraindre le voisin à les couper. Il peut donc arriver que les fruits de ces branches, et même ceux du reste de l'arbre, tombent en grande partie sur l'héritage voisin.

De là, il suit que le propriétaire de l'arbre a le droit d'aller cueillir ses fruits tombés sur le fonds voisin, et qu'il peut le contraindre à lui donner le passage nécessaire : c'est une servitude légale qu'établissent les lois du bon voisinage (*c*).

Mais le propriétaire doit aller promptement ramasser ses fruits. Le droit romain lui accordait trois jours; après ce temps, il serait censé les avoir abandonnés, et il ne pourrait les redemander, si le propriétaire du fonds voisin les avait cueillis (1).

---

(*a*) *Sic* Pardessus, Servitudes, n° 195. Zachariæ, tome 2, § 241. n° 4. *Secùs* Duranton, tome 5, n° 391; Paris, 23 août 1825; Sirey, 26, 2, 20; Rennes, 19 juin 1838; Journ. du Palais, tome 2, 1842, page 143; Bourges, 8 décembre 1841. Journ. du Palais, tome 2, 1842, page 144. On ne peut acquérir par prescription le droit d'avoir des branches sur le fonds voisin. L'accroissement successif des branches ne permet pas de préciser le moment où naît pour le voisin la faculté de réclamer et où commence par conséquent, le cours de la prescription. Pardessus, Servitudes, n° 196; Duranton, tome 5, n° 398; Proudhon et Curasson *des Droits d'usage*, tome 2, n°s 572 et 573. Zachariæ, tome 2, § 242, n° 3. *Secùs* Troplong, *de la Prescription*, tome 1. n° 347. L'art. 150 du Code forestier établit une exception à l'art. 672 pour les arbres de lisière des forêts qui avaient plus de trente ans lors de la promulgation du Code. Cette exception est spéciale et temporaire. Proudhon et Curasson. *Droits d'usage*, tome 2, n°s 568, 569, 570. — (*b*) Cette disposition ne s'applique, comme l'indique le texte, qu'aux portions de chemins publics que les ci-devant seigneurs pourraient avoir achetées des riverains à l'effet d'agrandir lesdits chemins et d'y planter. *V.* relativement aux plantations que les propriétaires riverains voudraient faire le long des chemins vicinaux, l'art. 21 de la loi du 21 mai 1836 et les notes dans ma collection t. 36, page 130 et suiv. — (*c*) Le propriétaire dont les fruits sont tombés sur l'héritage du voisin peut seulement obliger celui-ci à les lui remettre ou à lui donner accès sur son terrain pour qu'il puisse les ramasser, mais à la charge d'une indemnité, s'il y a lieu. Il ne peut prétendre à ce sujet aucun droit de servitude légale. Sic Zachariæ, tome 2, §§ 242 et 246.— (1) *V.* le titre *de glande legendâ*, *ff.* lib. 48, tit. 27; Domat, liv. 2, tit. 12, sect. 5, à la fin de la note; Pardessus, *Traité des servitudes*, page 265, n° 262; Basnage, tome 2, page 487, édition de 1720. — [ Aucun texte ne fixe le délai après lequel le propriétaire, dont les

## § III.

### Des vues sur la propriété voisine.

SOMMAIRE.

518. Le droit naturel et le droit romain ne défendent pas d'ouvrir des fenêtres sur le terrain voisin.
519. Dispositions contraires des coutumes et du Code, qui ne permettent d'en ouvrir qu'à une certaine distance.
520. Elles doivent être observées à l'égard des héritages non clos, même dans les campagnes,
521. Ainsi que pour les balcons, saillies, terrasses, etc.
522. Comment se compte la distance.
523. On peut ouvrir des jours à fer maillé et verre dormant.
524. Ils doivent être établis à 8 pieds au-dessus du rez-de-chaussée; et à 6 pieds au-dessus du plancher des chambres.
525. Comment s'entendent les mesures.
526. La distance de 8 pieds doit-elle se trouver du côté de l'autre voisin?
527. La faculté d'ouvrir des jours morts n'empêche pas le voisin de les obstruer, ni d'acheter la mitoyenneté du mur.
528. Plusieurs cas où cesse l'obligation d'observer les distances requises
529. Elle cesse encore par l'acquisition du droit de vue.
530. Quelle est l'étendue de ce droit, quand il est acquis par titre?
531. Et quand il l'est par prescription.
532. Celui qui a acquis le droit de vue peut-il empêcher le voisin de rendre ce droit inutile?
533. S'il est acquis par titre ou par la destination du père de famille, le voisin ne peut bâtir qu'à 6 pieds de distance.
534. Si, par prescription, le voisin peut bâtir de manière à obstruer les fenêtres.
535. Différence du droit de vue et du droit de prospect.
536. Le droit de vue acquis par prescription n'empêche pas le voisin d'acquérir la mitoyenneté

518. Le propriétaire pouvant faire sur son fonds toutes les constructions qu'il juge à propos (552), il devrait lui être permis d'ouvrir des fenêtres ou de pratiquer des ouvertures telles que bon lui semble, non pas dans le mur mitoyen, qu'on ne peut percer sans le consentement du copropriétaire (675), mais dans le mur qui lui appartient en entier. On ne voit en cela que l'exercice d'une faculté naturelle, sauf au voisin, en usant aussi de sa liberté naturelle, à élever un mur qui obstrue les fenêtres ou les jours qui l'incommodent (1).

---

fruits sont tombés sur le fonds voisin ne peut aller les ramasser, or les déchéances ne se suppléent pas. Sans doute s'il laisse écouler un trop long temps on présumera facilement qu'il les a abandonnés. Mais ce n'est là qu'une présomption de fait et non une présomption de droit. Au surplus, je ne pense pas qu'il soit exact de dire que le droit romain n'accordât au propriétaire des fruits que trois jours. Il est vrai que l'interdit *de glande legendâ* n'avait plus lieu après ce délai. Mais rien ne prouve que l'action en revendication ne pût être encore utilement formée. *V.* la loi 9, § 1, *ff. ad exhib.*]

(1) *In suo pariete potest quis fenestras facere vicino etiam invito. Vicinus contrà ædificando eas obscurare potest.* Wolf, *Jus nat.*, 5e part., § 1301. — [*V.* note du nº 534 ci-après.]

Il paraît aussi, quoique les interprètes ne soient pas d'accord sur ce point, que tel était le droit commun chez les Romains, et que c'est pour cela que fut introduite la servitude, *ne luminibus officiatur*. La servitude de jour, au contraire, *servitus luminum*, était le droit d'ouvrir des jours dans le mur commun, ou dans le mur appartenant au voisin (1).

519. Les rédacteurs de nos coutumes, dont les dispositions ont été consacrées par le Code, semblent, au contraire, avoir pensé comme Xénocrates, qui disait, au rapport de Plutarque (2), qu'il est presque égal de porter les pieds ou les yeux dans la maison d'autrui (3).

L'art. 678 porte « qu'on ne peut avoir des vues droites ou fenêtres d'aspect, ni balcons ou autres semblables saillies sur l'héritage *clos* ou *non clos* de son voisin, s'il n'y a 19 décimètres (6 pieds) de distance entre le mur où on les pratique et ledit héritage. »

L'art. 679 ajoute « qu'on ne peut avoir des vues par côté ou obliques sur le même héritage, s'il n'y a 6 décimètres (2 pieds) de distance. »

520. Ces règles s'appliquent à toutes sortes d'héritages *clos* ou *non clos*. Elles ne sont pas limitées aux villes, comme on le pensait dans l'ancienne jurisprudence (4).

Les distances exigées pour avoir des vues droites ou obliques sur l'héritage d'autrui, doivent être observées non-seulement pour les balcons et saillies dont parle l'art. 678, mais encore pour les terrasses et autres lieux élevés d'où l'on peut voir immédiatement sur l'héritage voisin.

521. La distance se compte depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait; et s'il y a balcons ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure jusqu'à la ligne de séparation des deux propriétés (*a*).

(1) *V.* Heinec., *in Pandect.*, lib. 8, tit. 2, § 147; *in Instit.*, § 406; Schulting, *in Cai instit.*, lib. 2, tit. 1, § 3, note 30; Noodt, tome 2, page 165 et 166. Bretonnier, sur Henrys, tome 2, liv. 4, quest. 80, page 537, édition de 1772; Vinnius, *in § ult., Instit. de Servit. urb. prad.*; Cæpolla, *de Servit.*, cap. 72; Davesan, *de Servit.*, apud Meerman, page 162. — (2) *V.* Huberus *in Instit.*, lib. 2, tit. 1, n° 41 — (3) *V.* au contraire le trait de Drusus, dans Velleius Paterculus, liv. 2, n° 14. — (4) Desgodets, sur l'art. 202 de la *Coutume de Paris*, n° 131. Remarquez la singulière conséquence qui résulte de notre législation. Le jardin de mon voisin n'est séparé du mien que par un fossé; je vois librement ce qui s'y passe de tous les points de mon jardin, sauf à lui à élever un mur ou autres clôtures qui empêchent la vue. Je bâtis un mur de clôture; je n'y pourrai ouvrir une fenêtre, sauf à lui à l'obstruer par un autre mur, quoique par cette fenêtre, au lieu d'étendre la vue naturelle que j'avais auparavant sur le voisin, je l'aie extrêmement limitée, en la bornant à un seul point. — (*a*) Lorsque les deux héritages

522. Si la distance de 6 pieds existait entre le mur où l'ouverture se fait et le parement extérieur du mur de séparation non mitoyen, les 6 pieds ne se trouveraient plus, si le voisin acquérait la mitoyenneté; néanmoins, les fenêtres doivent subsister tant que l'édifice et les murs où elles sont faites subsisteront. Mais si, dans la suite, on vient à les démolir et à les refaire, les fenêtres seront remises dans la distance requise, à moins que le titre qui a rendu le mur mitoyen ne portât le contraire (*Voyez* le nouveau Répertoire, v° *Vues*, § 2, page 519) (*a*).

Le côté du balcon ou de la saillie est une vue droite sur l'héritage voisin. Ainsi, ce balcon ne pourrait être placé à moins de 6 pieds de la ligne qui sépare les deux héritages, quoique la fenêtre ou la porte qui ouvrirait sur le balcon fût une vue de côté (1).

523. Mais le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant immédiatement l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer maillé et verre dormant et non ouvrant.

Les fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer dont les mailles auront 1 décimètre, environ 3 pouces 8 lignes d'ouverture au plus, et d'un châssis à verre dormant (676).

524. Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établis qu'à 26 décimètres (8 pieds) au-dessus du plancher ou sol de la chambre, qu'on veut éclairer, si c'est à rez-de-chaussée, et à 19 décimètres (6 pieds) au-dessus du plancher, pour les étages supérieurs (677), afin qu'on puisse recevoir le jour sans avoir le moyen de regarder en l'héritage du voisin (2).

Par le rez-de-chaussée, on entend le sol ou le dessus du pavé des rues, des cours; ou le dessus du terrain des jardins, chantiers, terres labourables et autres sortes de terrains; et c'est ce rez-de-chaussée qu'entend ici le Code, rez-de-terre, à fleur de terre.

525. Quand le Code dit 8 pieds au-dessus du rez-de-chaussée, ou 6 pieds au-dessus du plancher pour les autres étages, ces mesures doivent s'entendre jusqu'au-dessus des appuis ou enseuillemens des fenêtres que l'on peut faire, et non de la grandeur même des fenêtres ou vues, qui n'est limitée ni en hauteur ni en largeur (3).

526. Il faut remarquer que les 8 pieds de hauteur au rez-de-

---

sont séparés par un terrain commun, la ligne de séparation est réputée se trouver au milieu de ce terrain. Rej., 5 mai 1831, Sirey, 33, 1, 836. Dalloz, 33, 1, 281. *V.* toutefois Caen, 24 août 1842; Journ. du Palais, tome 2, 1843, page 640

(*a*) *V.* aussi Pardessus, Servitudes, tome 1, 206. — (1) Desgodets, sur l'art. 202 de la *Coutume de Paris*, page 264. — (2) Coutume d'Auxerre, art. 105; Coquille, *sur Nivernois*, titre des *Servitudes réelles*, art. 9. — (3) Desgodets, sur l'art. 200, n° 23, page 247.

chaussée doivent se trouver également du côté de l'autre voisin. Supposons, par exemple, que le rez-de-chaussée de la maison se trouve 6 pieds au-dessous du rez-de-chaussée de l'héritage voisin, le propriétaire de la maison ne pourrait pas ouvrir des fenêtres à verre dormant à la hauteur de 8 pieds; autrement, elles ne se trouveraient élevées qu'à 2 pieds au-dessus du sol du voisin, qui pourrait alors être vu chez lui (1) : or, c'est la sûreté du voisin que la loi a eue en vue.

527. Cette faculté d'ouvrir à la hauteur prescrite des jours ou fenêtres à verre dormant dans le mur non mitoyen joignant immédiatement l'héritage d'autrui, est un reste de liberté naturelle; elle n'impose à l'héritage contigu aucune servitude qui puisse gêner le propriétaire dans l'exercice de son droit de propriété. Il peut, s'il le juge à propos, faire construire sur son propre fonds un autre mur joignant immédiatement celui dans lequel les fenêtres seraient ouvertes.

Il peut même user de la faculté que lui donne le Code d'acquérir la mitoyenneté du mur, en payant la moitié de sa valeur; mais pourrait-il alors contraindre le voisin à supprimer les jours ouverts avant cette acquisition? Goupy (2) et d'autres auteurs pensaient que le droit de vue doit cesser par cela seul que le mur est devenu mitoyen.

D'autres pensaient qu'après l'acquisition de la mitoyenneté, l'ancien propriétaire ne peut plus ouvrir de nouveaux jours, mais qu'il peut conserver les anciens jusqu'à ce que le voisin bâtisse contre le mur devenu mitoyen (3).

Cette opinion paraît plus juste et plus conforme au texte de l'article 662 du Code, qui défend de pratiquer aucun enfoncement dans le mur mitoyen sans le consentement du voisin, mais qui ne défend pas de conserver les ouvertures faites avant que le mur fût mitoyen. L'ancien propriétaire avait un droit acquis qu'on ne peut lui enlever par pur caprice, et qui ne doit céder qu'à la nécessité, lorsque le voisin bâtit contre le mur (*a*).

---

(1) *V.* Desgodets et Goupy, son commentateur, sur l'art. 200 de la *Coutume de Paris*, qui s'exprime à peu près comme le Code. *V.* nos 24 et 25, et la note H; *V.* aussi le *Nouveau Répertoire*, vo Vue, § 3, no 3.— [Je ne pense pas que cette opinion puisse être suivie aujourd'hui. Le Code exige seulement que les jours soient à 26 ou à 19 décimètres du sol de la chambre qu'on veut éclairer. Il ne paraît donc point qu'il ait voulu maintenir l'ancienne règle, *Sic* Pardessus, Servitudes, no 210, Delvincourt, tome 1, no 8 de la page 170.] —(2) *V.* Goupy, sur Desgodets, *ibid.*, et Desgodets, no 29; Lemaître, sur la *Coutume de Paris*, page 216. Valin, sur la *Coutume de la Rochelle*, tome 3, page 227 — 3) *V.* le *Nouveau Répertoire*, vo Vue, § 3; arrêt du 18 juin 1778, sur la plaidoirie de Tronchet, l'*Ancienne Gazette des tribunaux*, par Mars, tome 6, page 33. —(*a*, Le propriétaire qui a acquis la mitoyenneté ne fait qu'user de son droit en exigeant la fermeture des jours. Le mot *pratiquer*, dont se sert l'art. 675, n'a

Il ne paraît pas douteux que celui qui a exhaussé le mur, peut ouvrir des vues mortes dans l'exhaussement auquel le voisin n'a pas voulu contribuer (1).

528. La défense d'ouvrir des vues droites ou obliques dans une distance de l'héritage voisin moindre que celle exigée par le Code, cesserait (2), si le propriétaire voisin (*a*) avait un mur intermédiaire assez haut pour empêcher de regarder sur l'héritage voisin; mais s'il faisait abattre ce mur, il devrait supprimer les fenêtres, car la prescription n'aurait pu courir en sa faveur pendant l'existence du mur, qui ôtait au voisin le droit d'agir pour les faire supprimer.

Si ce mur intermédiaire appartenait au voisin, et qu'il vînt à l'abattre avant l'expiration du temps nécessaire pour opérer la prescription, il semble qu'il pourrait demander la suppression des fenêtres.

Mais quand même le temps de la prescription serait expiré, le droit de vue serait-il acquis (3)? Ne pourrait-on pas dire que la possession d'avoir des fenêtres n'a pas été publique? Mais ne pourrait-on pas répondre que si les fenêtres deviennent nuisibles au voisin, c'est par le fait de ce dernier, par un fait que n'a pas dû prévoir celui qui a bâti de bonne foi, et ouvert des fenêtres qui ne préjudiciaient en rien au voisin (*b*)?

La défense cesserait encore, s'il existait entre les deux héritages une rue ou chemin moins large que les 6 pieds exigés par le Code, parce qu'il est permis d'ouvrir des vues sur une rue ou sur un chemin public (4).

---

point la signification restrictive que notre auteur veut lui attribuer. *V.* en ce sens Delvincourt, tome 1, n° 6 de la page 170; Merlin, *Répert.* v° Vue. § 3, n° 8, Duranton, tome 5, n° 325, Pardessus, nouvelle édition, n° 211; Zachariæ, tome 2, § 244, n° 13. Rej., 1er décembre 1813, Sirey, 14, 1, 95. Cass., 5 décembre 1814, Sirey, 15, 1, 49. Angers, 20 août 1818; Sirey, 19, 2, 277. Toulouse, 28 décembre 1832; Sirey, 33, 2, 632. Paris, 18 juin 1836; Sirey, 36, 2, 103. Bastia, 25 mai 1839; Journ. du Palais, tome 1, 1844, page 279; Toulouse, février 1844; Journ. du Palais, *idem*, page 278.

(1) *V.* le *Nouveau Répertoire*, *ibid.*, n° 2, page 522. — [*V* aussi Pardessus, tome 1, n° 211.] — (2) Desgodets, sur l'art. 202 de la *Coutume de Paris*, n° 10. — (*a*) Il faut supprimer le mot *voisin* et mettre : *auquel appartient le mur où se trouvent pratiquées les vues droites ou obliques.* — (3) *V.* Pardessus, *Traité des servitudes*, n° 278. — (*b*) *Sic* Duranton, tome 5, n° 410 et Pardessus, n° 204. *Secùs* Delvincourt, tome 1, note 12 de la page 408; Dijon, 26 mai 1842; Journ. du Palais, tome 2, 1842, page 29. — (4) Telle est l'opinion des commentateurs de la *Coutume de Paris*, art. 202, d'où a été prise la disposition de l'art. 678 du Code. *V.* Desgodets, sur cet article; Bourjon, *des Servitudes*, chap. 12, sect. 2, n° 9; le *Répertoire de Jurisprudence*, v° Vue, page 19. M. Pardessus, *ubi suprà*, est d'une opinion contraire parce que, dit-il, le droit d'avoir des vues sur la voie publique n'est pas plus favorable que celui d'en avoir sur soi-même. Or, ajoute-t-il, si la loi exige que le propriétaire de

529. Enfin, la défense cesse lorsque le propriétaire a sur l'héritage voisin le droit de vue, qui constitue une servitude continue conventionnelle. Pour en connaître l'étendue, il faut distinguer si elle est acquise par titre ou par prescription.

530. Au premier cas, c'est le titre même qui fixe les droits du propriétaire de l'édifice ou héritage dominant. Le titre doit déterminer le nombre, la situation, la grandeur des fenêtres qu'il peut ouvrir, s'il peut en ouvrir en tel nombre qu'il voudra et de la manière que bon lui semblera; en un mot, tout dépend en ce cas du titre ou de l'interprétation du titre, par l'usage qu'on en a fait.

531. Au second cas, si le droit est acquis par prescription, on observe rigoureusement la maxime *tantùm prœscriptum, quantùm possessum*. La prescription ne s'étend pas plus loin que la possession; elle ne confère au propriétaire de l'édifice que le droit d'avoir le nombre de fenêtres qu'il a possédées, dans la situation et la dimension où elles se trouvent : l'action qu'avait le voisin pour les faire supprimer est éteinte; la prescription n'opère rien au-delà.

Ainsi, l'affranchissement de l'héritage n'est point absolu comme il peut l'être par la convention; le surplus de l'édifice demeure assujetti à la servitude, en tout ce dont il n'en a pas été affranchi. Le nombre, la hauteur (1), la largeur des fenêtres ne peuvent être augmentés, ni leur situation changée.

Le voisin pourrait acquérir la mitoyenneté de la partie inférieure du mur où sont ouvertes les fenêtres, et y adosser un bâtiment, pourvu que son édifice ne fût pas plus élevé que l'enseuillement ou appui de la fenêtre la plus basse.

532. Mais celui qui a acquis le droit d'avoir des fenêtres ouvrantes sur l'héritage du voisin, peut-il empêcher celui-ci d'élever un mur ou un bâtiment qui rend inutile l'usage de ces fenêtres?

Il faut toujours distinguer si ce droit est acquis par convention, par la destination du père de famille, ou par prescription.

---

l'espace intermédiaire n'ait de vue droite qu'autant que cet espace est de 6 pieds, par quel motif plus puissant cette distance devrait-elle être moindre quand l'espace est public? Mais la sûreté publique et l'agrément des villes exigent qu'on ouvre sur les rues et sur les chemins des fenêtres qui avertissent les passans qu'ils sont sous les yeux du public, plutôt que de les border de murs élevés qui déroberaient la vue de ce qui s'y passe. L'opinion des auteurs cités nous paraît donc préférable à celle de M. Pardessus. — [ M. Pardessus a changé d'opinion. *V.* nouvelle édition, tome 1, n° 204. *V.* aussi dans le sens de notre auteur. Delvincourt, tome 1, n° 13 de la page 170; Duranton, tome 5, n° 412. Merlin, *Répert.*, v° Vue. *Secùs* Zachariæ, tome 2, § 244; Nancy, 25 novembre 1816. Sirey, 17, 2, 155. ]

1) Néanmoins, si celui qui a acquis la servitude de vue voulait élever la hauteur de ses fenêtres, il le pourrait faire, en se conformant aux règles prescrites pour les fenêtres à fer maillé et verre dormant

533. S'il est acquis par convention, le titre détermine l'étendue de la concession; mais s'il est muet, en concédant au voisin le droit d'ouvrir des fenêtres ouvrantes sur mon terrain, je suis toujours censé m'obliger à ne pas rendre ma concession inutile, et par conséquent à ne pas obstruer ces mêmes fenêtres. Je ne puis donc le faire, à moins que je ne m'en sois réservé le droit; réserve qui rendrait la possession du voisin purement précaire.

Mais aussi, en m'obligeant tacitement à ne pas obstruer ou rendre inutiles les fenêtres dont j'ai concédé l'ouverture, je ne me suis pas absolument interdit le droit de bâtir sur mon héritage. A quelle distance puis-je donc le faire?

Si le titre ne l'a point déterminée, c'est à la distance dans laquelle la loi laisse le propriétaire libre d'ouvrir des vues, c'est-à-dire à 6 pieds dans le cas des vues droites, et à 2 pieds dans le cas des vues obliques.

C'est ainsi que l'ancienne jurisprudence avait résolu cette question. Desgodets (1) en rapporte deux arrêts rendus au Parlement de Paris. Cette jurisprudence, fondée en raison, paraît devoir être suivie sous l'empire du Code, dont les dispositions relatives au droit de vue sont tirées de la *Coutume de Paris*. En concédant un simple droit de vue à mon voisin qui a bâti dans la ligne qui nous sépare, je le replace dans l'état de liberté naturelle où il se serait trouvé s'il avait bâti dans la distance prescrite par la loi, pour user de la faculté d'avoir des vues droites ou obliques; je suis censé ne lui avoir rien concédé de plus.

Il faut en dire autant du droit de vue résultant de la seule destination du père de famille. Il n'interdit pas au propriétaire de l'héritage asservi à ce droit, la faculté de bâtir dans la distance de 6 pieds prescrite par le Code, ou d'élever son édifice plus haut; l'art. 701, qui défend au propriétaire du fonds débiteur de la servitude de rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode, est étranger aux servitudes de vues (2).

534. Si le droit est acquis par prescription, nous avons déjà ob-

(1) Sur l'art. 208 de la *Coutume de Paris*, n° 20, page 268. — (2) *V.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 23 avril 1817, Sirey, tome 17, 2e part., page 336 et suiv. — [ *V.* aussi Cass., 24 juin 1823, Sirey, 24, 1, 26. Paris, 16 février 1841; Journ. du Palais, tome 1, 1841, page 386; Angers, 8 juillet 1843. Journ. du Palais, tome 2, 1843, page 653. Comp. Rej., 26 juillet 1831; Sirey, 31, 1, 346. Pardessus, *Servitudes*, n° 237; Duranton, tome 5, n° 520. Toutefois, il en serait autrement si une intention contraire paraissait résulter tant des conventions des parties que de la destination du père de famille. Rej., 26 juillet 1831; Journ. du Palais à sa date; Paris, 29 janvier 1841; Journ. du Palais, tome 1, 1841, page 223.

servé qu'on suit rigoureusement la maxime *tantùm prœscriptum, quantùm possessum*. Qu'a donc acquis celui qui, depuis plus de trente ans, suivant le Code, ou de quarante ans, suivant la *Coutume de Bretagne*, a eu des fenêtres ouvertes sur mon terrain? Il s'est affranchi de la servitude légale qui l'empêchait d'ouvrir des fenêtres dans son mur; il a éteint par la prescription l'action que la loi me donnait pour le contraindre à les boucher.

Mais a-t-il acquis le droit de m'empêcher d'user de la faculté naturelle de bâtir à mon tour sur mon héritage, ou d'élever l'édifice qui s'y trouve déjà bâti? En un mot, a-t-il prescrit contre moi l'une des servitudes appelées en droit *luminibus non officiendi, et altiùs non tollendi?*

Non; car si l'action que j'avais pour l'obliger à boucher ses fenêtres, s'est éteinte par trente ou quarante ans écoulés sans réclamation depuis leur ouverture, il n'en est pas ainsi de la faculté que j'ai de bâtir ou d'élever mon édifice. Les facultés naturelles ou légales (1) ne se prescrivent point par le simple non-usage, ainsi que l'enseigne Dumoulin sur l'art. 1 de la *Coutume de Paris*, gloss. 4, n° 15 : « *In actibus qui dependent à liberâ facultate uhius qui po-* « *test facere vel non, ac certum modum servare vel non, abstinen-* « *tia vel observantia certi et determinati modi quantumcumque* « *diuturna non censetur implicare contrarium usui, nec inducit* « *desuetudinem vel prœscriptionem ad alium modum utendi.* »

La raison en est que le non-usage d'une faculté naturelle ne constitue point l'adversaire en possession de liberté. Il faut qu'il y ait de sa part contradiction ou opposition à l'exercice de cette faculté, et ce n'est que du jour de cette contradiction ou opposition que commence la possession de la liberté, et par conséquent la prescription.

C'est ce qu'explique fort bien l'art. 9 de la *Coutume de Nivernois*, au titre des *Servitudes réelles* : « Si en mur propre et non commun « est fait vue ouverte ou fenêtre, au préjudice de son voisin, icelui « voisin y peut pourvoir par bâtiment fait au contraire, ou par autre « voie de droit, sinon qu'il y eût titre au contraire, ou possession « après contradiction, en laquelle le contradisant fût demeuré paisi- « blement pendant trente ans. »

Je puis donc dire à celui qui a, par prescription, acquis le droit d'avoir des fenêtres ouvertes dans le mur qui nous sépare : Comme libéré de la servitude que la loi vous imposait en ma faveur, vous

(1) *Secùs*, des facultés qui procèdent des contrats. *V.* Coquille, sur *Nivernois*, art. 9 du titre *des Servitudes réelles*: Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 8, page 300, n° 15, *omninò*.

conserverez les fenêtres ouvertes dans votre mur; et moi, comme propriétaire d'un héritage libre, je conserve le droit de bâtir ou d'élever mon bâtiment aussi haut qu'il me convient. Peu importe que ce bâtiment obscurcisse vos fenêtres, puisque je ne fais qu'user de mon droit, comme vous du vôtre : *Cum eo qui tollendo obscurat ædes vicini, nulla competit actio.* Leg. 9, *ff. de Servit. præd. urb.*, 8. 2.

En un mot, en vous libérant par la prescription d'une servitude passive, vous n'avez point acquis sur mon terrain de servitude active; vous ne pouvez l'acquérir que de deux manières, en vertu d'un titre qui vous donnât la servitude *luminibus non officiendi*, ou en vertu d'une possession continuée pendant trente ans, de m'empêcher de bâtir ou d'élever mon bâtiment.

Ces principes ont été consacrés par la Cour de cassation, dans un arrêt rendu (1) le 10 janvier 1810. Il confirma un arrêt de la Cour d'appel d'Amiens qui avait permis au sieur Herbet-Carpentier d'exhausser un mur mitoyen suivant la faculté que lui en donnait l'art. 658 du Code, quoique ce mur rendît inutiles les fenêtres obliques que le sieur Morant avait ouvertes dans sa maison, à 6 pouces seulement de l'héritage du sieur Herbet-Carpentier.

Ainsi, le droit acquis par prescription d'avoir des fenêtres droites ou obliques, ouvertes immédiatement sur le terrain du voisin, n'empêche point celui-ci de bâtir ou d'élever un mur qui obstrue ces fenêtres. Il n'est point obligé d'observer la distance de 6 ou 2 pieds, qu'est obligé d'observer celui qui a concédé le droit de vue sur son terrain.

Il faut donc bien distinguer la servitude légale, qui ôte au propriétaire le droit d'avoir des fenêtres dans un mur non séparé de l'héritage voisin par la distance de 6 ou 2 pieds, de la servitude de vue, *luminibus non officiendi*, qui empêche le voisin d'obstruer ces fenêtres en bâtissant auprès. Cette seconde servitude n'est point légale, et s'acquiert comme les autres servitudes établies par le fait de l'homme (*a*).

---

(1) *V* les conclusions de M. Merlin, dans le supplément à ses *Questions de droit*, vo Servitudes, page 158 et suiv. — (*a*) Cette opinion peut être contestée : la servitude de vue est une servitude continue et apparente; elle est donc susceptible de s'acquérir par la prescription de trente ans (Art 688, 689 et 690, C. civ.). Maintenant quelle est en pareil cas, l'étendue de la prescription? Si l'on consulte les principes généraux en matière de prescription, on voit que la prescription à l'effet d'acquérir opère, dans les limites de ce qui a été possédé, avec la même énergie que le titre. *V.* Dunod; *V. Traité des prescriptions*, page 2, et le discours de l'orateur du Gouvernement. *V.* Locré, tome 16, page 557 et suiv. Ainsi celui qui a acquis par la prescription un immeuble corporel, en est aussi pleinement propriétaire que

535. Il ne faut pas aussi confondre la servitude de vue avec celle de prospect, qui empêche de rien élever ou planter de nuisible à l'agrément de la vue, dans une distance souvent fort éloignée. Nous en parlerons en expliquant les servitudes établies par le fait de l'homme.

536. Des principes que nous venons d'expliquer, il paraît résulter que le droit de vue ou de fenêtres ouvrantes, qui n'est acquis que par prescription sur le terrain du voisin, ne peut empêcher celui-ci d'acquérir la mitoyenneté du mur pour y faire un édifice qui obstrue les fenêtres; car enfin, s'il peut les obstruer, en bâtissant sur son terrain, il n'y a plus, pour lui refuser le droit d'acquérir la mitoyenneté la même raison que dans le cas d'une servitude acquise par titres, laquelle empêche le voisin d'obstruer les fenêtres, et de bâtir plus près que la distance de 6 pieds. C'est ainsi qu'il faut modifier ce que nous avons dit *suprà*, n° 197 (*a*).

---

s'il l'avait acquis par voie de vente ou d'échange. En doit-il être autrement pour les servitudes qui sont susceptibles de prescription ? Le Code ne s'explique pas à cet égard. Qu'en conclure ? Evidemment qu'il s'en réfère aux principes généraux et qu'il donne à la prescription un effet aussi étendu qu'à la convention. Or, si en concédant au voisin le droit d'établir des fenêtres ouvrantes sur mon terrain, je suis obligé à ne pas obstruer ces mêmes fenêtres, ce qui rendrait la concession inutile, de même en laissant acquérir au voisin par prescription le droit d'avoir des fenêtres dans la même situation, je suis obligé à ne pas les obstruer. Autrement le droit qu'il aurait acquis serait à peu près insignifiant. D'après ce qui précède, on comprend qu'il est presque inutile de répondre aux raisons données par M. Toullier; car il est évident que si on ne peut les appliquer au cas où la servitude a été établie par convention, elles doivent être également écartées dans l'hypothèse où c'est la prescription qui l'a conférée. Au reste, la question est encore fortement controversée. Mais la jurisprudence paraît incliner vers le système que je viens d'exposer. V. Réq., rej., 1er décembre 1835; Dalloz, 36, 1, 115; *idem*, 21 juillet 1836; Sirey, 36, 1, 529; Paris, 3 juin 1836; Journ. du Palais à sa date. Comp. Cass., 5 décembre 1838; Journ. du Palais, tome 2, 1838, page 513. Remarquons d'ailleurs, que la servitude de vue, *luminum*, ne doit pas être confondue avec celle *luminibus non officiatur*. La différence qui existe entre ces deux servitudes est manifeste, car la première seulement est apparente et par conséquent susceptible de s'acquérir par la prescription. V. Vinnius, *Comm. in Inst.*, liv. 2, tit. 3, § 1, et *suprà* n° 518.

(*a*) V. la note qui précède.

## § IV.

### De l'égout des toits.

SOMMAIRE.

537. La défense de faire couler ses eaux sur le voisin n'est pas une servitude.
538. Il faut laisser un espace pour écouler les eaux. Comment cet espace doit être disposé.
539. Il ne faut pas confondre cet espace avec le tour d'échelle.
540. De la servitude de gouttière ou d'égout.
541. Comment on en connaît l'étendue.
542. *Tantùm præscriptum, quantùm possessum.* Conséquence de cette maxime.
543. Si le propriétaire du fonds servant peut y bâtir, et comment.
544. Si le propriétaire du fonds dominant permet de bâtir la servitude est éteinte.
545. Différence entre le droit de vue et le droit de gouttière.
546. Obligation du propriétaire qui acquiert la mitoyenneté du mur de l'édifice dominant.

537. L'art. 631 porte que « tout propriétaire doit établir des toits « de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur « la voie publique; il ne peut pas les faire verser sur le fonds de son « voisin. »

Cette défense de faire écouler ses eaux sur le fonds voisin n'est pas une servitude; c'est une conséquence du principe qu'on ne peut avoir rien d'avancé, rien de suspendu sur l'héritage voisin, et qu'on ne peut rien faire sur son héritage d'où il puisse parvenir sur l'héritage voisin quelque chose qui lui soit incommode ou nuisible : *In suo hactenùs facere licet, quatenùs nihil in alienum immitat.* Leg. 8, § 5, *ff. Si servit. vindic.* Cet article se rapporte donc aux modifications de la propriété relativement au mode de jouir, plutôt qu'au titre des servitudes.

Celui qui bâtit une maison à l'extrémité de son terrain, ne peut pas même y placer des gouttières avancées pour recevoir ses eaux et les détourner sur lui-même, à moins qu'il n'ait acquis le droit de saillie, *jus projiciendi et protegendi,* parce qu'alors une portion du terrain voisin serait couverte; il doit placer ses gouttières sur son mur;

538. A moins qu'il ne préfère laisser entre son mur et l'héritage voisin un espace suffisant pour recevoir les eaux de son toit. Cet espace devrait même être disposé en pente, de manière à ne pas faire couler les eaux sur l'héritage voisin, qui n'est tenu de les recevoir que lorsqu'elles coulent naturellement et sans aucun fait de l'homme.

Si le voisin avait un mur contigu à l'espace laissé pour l'écoulement des eaux, cet espace devrait être pavé, pour empêcher l'eau de nuire aux fondemens du mur (1).

La largeur de l'espace qu'il faut laisser pour ne pas nuire au mur

(1) Desgodets, sur l'art. 210 de la *Coutume de Paris,* n° 14.

voisin, n'étant fixée ni par le Code ni par les anciens règlemens, doit l'être par des experts. On la fixe assez généralement à 3 pieds (1).

539. Il ne faut pas confondre cet espace avec ce qu'on appelle *le tour d'échelle*, dont nous parlerons à la fin du paragraphe suivant.

540. La défense de laisser couler les eaux de ses toits sur l'héritage voisin, cesse lorsqu'on a acquis le droit de gouttière et d'égout, appelé en droit *servitus stillicidii et fluminis* : c'est une servitude continue qui peut s'acquérir par titre ou par prescription.

Il ne faut pas confondre avec cette servitude, une autre servitude appelée *stillicidii vel fluminis recipiendi* (*a*), *vel non avertendi*, qui consiste à vous empêcher de détourner votre gouttière pour faire écouler sur votre terrain les eaux de votre toit qui coulaient sur le mien. Cette servitude peut être très utile dans les lieux où l'eau est rare, et où, par cette raison, on la rassemble soigneusement dans des citernes ou autres réservoirs (*b*).

541. Pour connaître l'étendue de la servitude de gouttière ou d'égout, il faut distinguer si elle est acquise par titre ou prescription.

Au premier cas, c'est le titre qui fixe l'étendue du droit, qui détermine si l'eau doit couler dans toute l'étendue de l'édifice au moyen de la saillie du toit, par des gouttières, ou dans des canaux ou tubes qui la conduisent jusqu'à terre. Si le titre ne contient aucun détail, la possession fait la règle; et lorsqu'une fois l'interprétation du titre est fixée par la possession, le propriétaire du fonds dominant ne peut rien faire qui rende la servitude plus onéreuse.

542. Il en est de même du cas où la servitude est acquise par prescription. On observe rigoureusement la maxime *tantùm præscriptum, quantùm possessum*. En un mot, le propriétaire du fonds dominant peut rendre meilleure la condition du fonds asservi; mais il ne peut la rendre pire sans le consentement du voisin. Il peut élever sa maison et ses gouttières, parce que cette élévation rend la servitude moins onéreuse; mais il ne peut les baisser, parce que la servitude en devient plus dure. Leg. 20, § 5, *ff. de Servit. præd.*

---

(1) Desgodets, sur l'art. 210 de la *Coutume de Paris*, n° 14. — (*a*) La servitude *stillicidii vel fluminis recipiendi* n'est autre chose que la servitude de gouttière ou d'égout dont il est question au précédent alinéa. *V.* Vinnius sur le § 1, *Tit. de servit. Inst.* et la loi 33 *ff. de servit. præd. urb.* C'est donc à tort que M. Toullier la confond avec la servitude *stillicidii vel fluminis non avertendi*. Les interprètes du droit romain ne sont pas d'accord sur le caractère de cette dernière servitude. Comp. Vinnius *loc. cit.* et Pothier *Pandectæ Justinianeæ. Tit. de servit. præd. urb.* n° 11. Notre auteur a suivi le sentiment de Pothier. — (*b*) La servitude de recevoir les eaux des gouttières et celles qui viendront d'une cour voisine ne comprend pas la charge de recevoir les eaux ménagères et urinaires provenant de cette cour. Paris, 14 mars 1836, Sirey, 36, 2, 329.

*urb.* Il ne peut ni augmenter la surface de ses toits, ni admettre dans ses gouttières l'eau des toits voisins pour la faire tomber sur le fonds asservi. Arg. Leg. 29, *ff. de Servit. præd. rustic.* Les lois romaines portent la rigueur jusqu'au point de décider que si l'eau a coulé d'abord sur un toit couvert en tuiles, on ne peut la faire couler sur un toit couvert de manière à rendre sa chute plus forte. Leg. 20, § 4, *ff. de Servit. præd. urb.*

543. De son côté, le propriétaire du fonds servant ne peut rien faire qui supprime l'usage de la servitude ou qui lui préjudicie. Il peut bâtir sur le lieu où tombent les eaux, pourvu qu'il n'élève point son bâtiment assez haut pour supprimer les gouttières ou l'égout du voisin. Leg. 20, §§ 3 et 8, *de Servit. præd. urb.*, 2. 8. Leg. 9, *ff. Si servitus vindicetur* (*a*).

544. Si le propriétaire du fonds dominant permettait à l'autre de bâtir, il perdrait le droit de gouttière ou d'égout (leg. 8. *ff. Quemad. serv. amit.*); car le voisin n'avait pas besoin de permission pour bâtir de manière à le conserver.

545. On ne fait point, à l'égard du droit de gouttière, la distinction que nous avons expliquée *suprà*, n° 534, à l'égard du droit de vue acquis par titre ou par prescription. La raison en est que celui qui a acquis par prescription le droit d'avoir des fenêtres ouvrantes dans son mur contigu à l'héritage voisin, n'a fait que se libérer de la servitude légale qui le lui défendait; mais il n'a point acquis la servitude *luminibus non officiendi*, qui empêcherait le voisin d'user de la faculté naturelle de bâtir sur son terrain aussi haut qu'il lui plaît (*b*).

Au contraire, celui qui a acquis par prescription le droit de gouttière ou d'égout, a acquis une véritable servitude, celle de faire couler les eaux sur le terrain voisin.

546. Le propriétaire du fonds asservi peut, nonobstant la servitude de gouttière, acquérir la mitoyenneté du mur de l'édifice dominant parce que la mitoyenneté n'empêche point l'exercice de la servitude; mais il ne peut bâtir auprès de ce mur, ni l'élever assez haut pour supprimer les gouttières ou l'égout, à moins qu'il ne voulût établir et entretenir à ses frais d'autres gouttières ou canaux, pour conduire ailleurs, et sur son terrain, les eaux de la maison voisine.

---

(*a*) Rej., 9 mars 1840; Sirey, 40, 1, 641; Dalloz, 40, 1, 163. — (*b*) *V.* nos observations à ce sujet, n° 534.

## § V.

### Du droit de passage, et de l'échelage ou tour de l'échelle.

SOMMAIRE.

547. Le propriétaire d'un fonds enclavé peut réclamer passage sur les fonds voisins.
548. Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est plus court; mais ce n'est pas une règle absolue.
549. Il doit être pris dans l'endroit le moins dommageable à celui qui le donne.
550. *Quid*, si le fonds est devenu enclavé par vente ou partage?
551. Comment l'indemnité est fixée; elle est prescriptible.
552. Distinction entre le passage de nécessité et le passage de simple commodité
553. S'il est dû une indemnité à celui qui clôt son héritage, sur lequel était exercé depuis longtemps un passage de nécessité.
554. *Quid*, si le passage cesse d'être nécessaire?
555. Le passage de commodité ne peut s'acquérir par prescription.
566. Des passages nécessaires pour l'exploitation des mines.
557. Et lorsque la voie publique est impraticable.
558. Du passage nécessaire pour faire un conduit jusqu'à l'aqueduc public.
559. De l'échelage ou du tour de l'échelle.
560. Si la servitude d'échelage est une suite nécessaire de la servitude d'égout.
561. Si elle est prescriptible, lorsqu'elle est accessoire de celle d'égout.
562. Il ne faut pas confondre le tour d'échelle avec l'espace laissé au-delà du mur pour le réparer.
563. Quelle est l'étendue du tour d'échelle, quand il est dû.

547. « Le propriétaire dont les fonds sont enclavés, et qui n'a « *aucune issue* sur la voie publique, peut réclamer un passage sur les « fonds de ses voisins, pour l'exploitation (*a*) de son héritage, à la « charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut oc- « casionner (682) ».

Cette obligation légale de vendre la servitude de passage est une dérogation au principe suivant lequel personne ne peut être contraint de vendre sa propriété : il faut donc qu'il y ait nécessité absolue. Le Code ne donne le droit d'exiger un passage qu'à celui qui n'a *aucune issue* sur la voie publique (*b*). L'incommodité du passage ordinaire,

---

(*a*) Sur l'étendue du mot exploitation. *V.* Bruxelles, 22 mars 1817; Dall., Jurisp. génér., v° Servitudes, page 61, n° 1. — Rej. 8 juin 1836; Sir., 36, 1, 453; Dall., 38, 1, 95.— Comp. Zachariæ, tome 2, § 246, note 2.— (*b*) Un cours d'eau, un canal n'ayant ni pont ni bac ne peut être considéré comme une issue.— Favard, Rep. v° Servitudes, sect. II, § 7, n° 1; Merlin, Rep., v° Voisinage, § 4, n° 4.— Amiens, 19 mars 1821; Sir., 24, 2, 242.— *Secùs*, si le fonds est séparé de la voie publique par un simple fossé d'irrigation. Colmar, 26 mars 1831; Sir., 31, 2, 278; Dall., 31, 2, 126.— Le fonds, qui n'a d'issue que par un chemin de halage, doit être réputé en état d'enclave. Toulouse, 19 janvier 1825; Sir., 25, 2, 119; Dall., 23, 2, 108. Bordeaux, 15 janvier 1835; Sir., 36, 2, 334; Dall., 36, 2, 64.— L'issue dont parle l'art. 682, doit s'entendre d'une issue praticable et suffisante pour l'exploitation du fonds. Civ. cass., 16 février 1835; Sir., 35, 1, 806; Dall., 35, 1, 169. Paris, 24 mai 1844, Journ. du Palais, t. 2, 1844, p. 90. Ainsi, la servitude, dont il s'agit, peut être étendue dans son exercice, sauf indemnité, si par suite d'une

fût-elle extrême, ne suffirait pas pour forcer le voisin d'en céder un autre (1).

548. Celui qui a besoin d'un passage n'a pas le droit de choisir le fonds où il doit passer. « Le passage doit *régulièrement* être pris « du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé *à la voie « publique* (683), » et non pas de ce fonds à la maison à laquelle il est attaché.

Le propriétaire auquel le passage serait demandé pourrait donc s'en défendre, en prouvant que l'héritage d'un autre voisin présente un trajet moins long, quoique moins commode au demandeur.

Cependant, si le trajet le plus court l'obligeait à des dépenses considérables pour rendre le passage viable, il pourrait s'adresser à un autre voisin dont la propriété offrirait un passage plus long, mais moins difficile. L'art. 683 n'a point fait une règle immuable de donner le passage par le trajet le plus court; c'est seulement la règle générale, dont il ne faut pas s'écarter sans de grands motifs. En un mot, l'art. 683 du Code, qui veut que le passage soit *régulièrement* pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique, ne présente pas une disposition absolue dont les juges ne puissent s'écarter, si cela leur paraît convenable. Ainsi, il n'y a pas ouverture à cassation contre un arrêt, par cela seul que le passage a été accordé du côté où le trajet était le plus long, comme l'a pensé la Cour de cassation, dans un arrêt de rejet du 1er mai 1811, rapporté par Sirey, page 325 (*a*).

549. Mais le passage doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé (684). Ce n'est point la commodité de celui qui le demande qu'il faut considérer (2).

550. Si le fonds n'était devenu enclavé que par vente, échange ou partage, ce seraient les vendeurs ou copartageans qui seraient tenus de fournir le passage (3), quoique le trajet fût plus long; ils devraient même le fournir sans indemnité.

---

nouvelle destination donnée au fonds enclavé et son changement d'exploitation, le passage existant se trouve insuffisant par les besoins de l'exploitation nouvelle. Agen, 18 juin, 1823; Sir., 24, 2, 89; Dall., 22, 2, 79. Rej. 8 juin 1836; Sir., 36, 1, 453: Dall., 38, 1, 95, Bordeaux, 18 juin 1840, Journ. du Palais, t. 2, 1840, p. 269.

(1, *V.* le *Journal du Parlement de Bretagne*, tome 5, page 611. — [Sic rej., 31 mars 1825; Sir., 26, 1, 220, Rennes, 22 mars 1826; Sir., 28, 2, 74, Besançon, 23 mai 1828; Sir., 28, 2, 308: Rouen, 16 juin 1835; Sir., 36, 2, 67; Dall., 37, 2, 132.] — (*a*) *V.* aussi Bordeaux, 15 janvier 1835; Sir., 36, 2. 331; Dall., 36, 2, 64. — (2) Brodeau, sur Louet, lettre C, som. I; Mazuer, tit. 30, no 2; Legrand, *sur Troyes*, art. 130, nos 55 et 56; Pocquet de Livonière, *sur Anjou*, art. 419, obs. 2. — (3) *Observations de la Cour d'appel* de Lyon; Coquille, quest. 74.— [*V.* aussi Delvincourt, tome 1, note 7 de la page 165; Duranton, tome 5, no 420. Comp.

551. Dans les autres cas, l'indemnité qui est due est fixée par des experts, si les parties ne peuvent s'accorder; elle doit être réglée proportionnellement au dommage que le passage peut occasionner (682), à celui qui est forcé de le donner, et non pas à l'avantage qu'en peut retirer celui à qui il est accordé.

Mais l'action en indemnité est prescriptible, et le passage doit être continué, quoiqu'elle ne soit plus recevable (685).

Lorsque l'enclave, et par conséquent la nécessité sont prouvées, il ne s'agit plus de savoir si le passage est dû : il l'est en vertu de la disposition précise de la loi. La seule question à examiner consiste à savoir si l'indemnité est ou n'est pas prescrite par le laps de trente ans.

552. Il faut donc bien distinguer le passage que la loi accorde à la nécessité pour l'exploitation des fonds enclavés, du passage de simple commodité pour le service des fonds non enclavés, qui ont une issue sur la voie publique.

Le premier est une servitude légale, qui n'a besoin d'être justifiée par aucun titre. Son titre est dans la loi, dans le fait prouvé de l'enclave et de la nécessité.

Le second ne peut être établi que par le fait de l'homme, par un titre émané du propriétaire du fonds servant, et non par la prescription sans titre (*a*).

En passant sur l'héritage voisin pour se rendre à la voie publique, le propriétaire du fonds enclavé ne fait qu'user de son droit; il l'exerce *pro suo*, et un pareil passage ne peut jamais être réputé précaire (1), quand même le fonds servant ne serait pas clos; car un passage fondé par la loi et sur la nécessité ne peut pas être réputé de simple tolérance (2).

553. C'est sur ce principe que l'édit du mois de mai 1769 (3),

---

toutefois Pardessus, Servitudes, n° 219, et rej. 19 juillet 1843, Journ. du Palais, tome 2, 1843, page 592.]

(*a*) *V.* n° 629. — (1) Mais il ne faut pas en conclure qu'il y ait lieu à l'action possessoire. Le propriétaire du fonds enclavé, s'il est troublé, doit agir au pétitoire, suivant l'art. 682. *V.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 8 juillet 1812. Sirey, an 1812, page 298. — [On ne voit pas pourquoi celui qui est à la fois propriétaire et possesseur d'un droit de servitude ne pourrait pas former l'action en complainte, de la même manière que s'il s'agissait d'un immeuble corporel. C'est au reste, dans ce sens, qu'est définitivement fixée la jurisprudence de la Cour de cassation. Rej. 7 mai 1829; Sir., 29, 1, 332; *id.* 16 mars 1830; Sir., 30, 1, 271; Dall., 28, 1, 168; *id.* 9 mai 1831, Journ. du Palais à sa date. Cass. 19 novembre 1832; Sir., 32, 2, 253; Dall., 33, 1, 46. Rej. 7 juin 1836; Sir., 36, 1, 936; Dall., 36, 1, 386.] — (2) Duparc-Poullain, sur l'art. 393 de la *Coutume de Bretagne*, note D, et *Principes du droit*, tome 6, page 324, nos 175 et 176; Pocquet de Livonière, 2e observ. sur l'art. 449 de la *Coutume d'Anjou*, page 1495, col. B. — (3) Rapporté dans le *Répertoire de Jurisprudence*, v° Parcours.

qui, nonobstant l'usage du parcours, permit à tout propriétaire de se clore dans la province de Champagne, ordonna que « la clôture « des héritages ne pourra avoir lieu au préjudice du passage des « bestiaux, pour aller sur les terrains qui resteront ouverts à la pâ- « ture ni de celui des charrues et voitures pour la culture des terres « et l'enlèvement des récoltes; et à cet effet, tout propriétaire ou « fermier sera tenu de laisser ledit passage libre sur son terrain, s'il « est assujetti, *ou qu'il ne puisse le clore sans intercepter le pas-* « *sage.* »

Cette disposition est parfaitement dans l'esprit du Code civil, qui, en rendant à tout propriétaire (647) la faculté naturelle de clore son héritage, nonobstant le parcours, n'a fait qu'étendre à toute la France les dispositions que l'édit de 1769 avait faites pour la Champagne en particulier.

Ainsi, celui qui, pendant trente ans, a usé d'un passage pour le service d'un fonds enclavé, ne doit point d'indemnité pour continuer d'en user, quand même l'héritage sur lequel il a passé aurait été déclos (1).

Le propriétaire de l'héritage servant ne peut plus se défendre du passage, en prouvant que le trajet est plus court, si l'on passe sur le fonds d'un autre voisin. Un si long usage a déterminé le lieu de l'exercice du droit légal de passage (*a*).

554. La Cour d'appel de Lyon proposait d'ajouter que si le passage accordé au fonds enclavé cesse d'être nécessaire par sa réunion

---

(1) M. Pardessus, pages 185 et 186, n° 166, pense que celui qui se clôt peut se faire payer le passage nécessaire sur le terrain qu'il ôte au parcours par la clôture, parce que, dit-il, en se renfermant, il use d'un droit légal; mais celui qui veut continuer un passage nécessaire, établi depuis peut-être un temps immémorial, use aussi d'un droit légal. On peut dire, en faveur de l'opinion de M. Pardessus, que le temps de la prescription n'a pas couru pendant que l'héritage était déclos, parce que le propriétaire ne pouvait demander une indemnité. — [Le droit de réclamer l'indemnité est sujet à la prescription de trente ans, à dater du jour où le passage a été exercé, et non à dater du règlement de l'indemnité. Req. rej. 23 août 1827; Sir., 28, 1, 3. Comp. rej. 21 mars 1831; Sir. 31, 1, 187; *id.* 11 juillet 1837; Sir., 38, 1, 41, Journ. du Palais; tome 2, 1837, page 479, Bourges, 8 février 1840, Journ. du Palais, tome 1, 1841, 91. Toutefois, si avant que le fonds ne fût enclavé le passage avait été exercé à titre de tolérance, la prescription ne commencerait à courir que du jour où le passage serait devenu nécessaire. Pardessus, n° 224; Duranton, tome 5, n°s 429 et 430; Zachariæ, tome 2, § 246, n° 9. Les coutumes qui suivaient la maxime, *nulle servitude sans titre*, ne faisaient courir la prescription qu'à compter du jour où l'indemnité avait été réglée. Req. rej. 7 février 1811; Sir., 13, 1, 463; req. rej. 11 mai 1830; Sir., 30, 1, 229, Orléans, 22 juillet 1835; Sir., 35, 2, 495. — (*a*) Mais le propriétaire du fonds servant pourrait toujours exiger que l'exercice du droit de passage fût modifié, s'il n'en résultait aucune incommodité pour l'autre propriétaire. Rouen, 16 février 1844, Journ. du Palais, 1844, tome 2, page 235.

à un fonds aboutissant à un chemin, il sera supprimé, et que s'il a été payé une indemnité, le prix sera rendu.

Cette observation, conforme à l'équité, devrait être étendue au cas où il a été ouvert un chemin nouveau auprès du fonds autrefois enclavé. La cause cessant, l'effet doit cesser. Le propriétaire ne pourrait invoquer la prescription; car ce n'est point une servitude de commodité dont il a usé, mais une servitude de nécessité (*a*).

555. Le passage de commodité accordé au fonds qui a une issue sur la voie publique, est toujours réputé précaire et de simple tolérance; c'est une servitude discontinue qui ne peut s'acquérir sans titre, même par la plus longue possession, comme nous le verrons dans la suite.

556. Le droit de passage, accordé aux fonds enclavés qui n'ont pas d'issue sur la voie publique, est fondé sur la nécessité. Le même principe a fait étendre ce droit à d'autres cas où la nécessité l'exige.

La loi du 27 juillet 1791 (1) accorde aux concessionnaires des mines, les chemins et passages nécessaires à leur exploitation, non-seulement sur les fonds de ceux dans le terrain desquels la mine est ouverte, mais encore sur celui des voisins, à la charge d'indemniser les propriétaires. C'est une servitude légale de passage, fondée sur l'intérêt public attaché à l'exploitation des mines.

557. Si la voie publique est momentanément devenue impraticable par quelque cause que ce soit, le propriétaire riverain doit donner un passage sur son fonds, mais il doit être indemnisé par la commune, si c'est un chemin vicinal (2), ou par tous ceux qui doivent, contribuer à la réparation du chemin, si l'entretien est à la charge des particuliers.

C'est encore ici une servitude légale fondée sur l'intérêt du public. Les règlemens du Parlement de Bretagne exigeaient qu'elle fût alternativement supportée par les propriétaires riverains de l'un et de l'autre côté du chemin, lorsque la chose était possible. Cette disposition paraît fortement équitable.

---

(*a*) *V.* en ce sens, Delvincourt, t. 1, note 10 de la p. 165; Pardessus, Servitudes, n° 225; Zachariæ, tome 2, § 246, note 14. Agen, 14 août 1831; Sirey, 35, 2, 414; Dalloz, 35, 2, 55, Lyon, 21 décembre 1841, Journ. du Palais, t. 2, 1842, p. 685; Angers, 20 mai 1842, Journ. du Palais, t. 2, 1842, p. 686; Rouen, 16 février 1844, Journ. du Palais, tome 1, 1844, page 235. *Contrà* Duranton, t. 5, n° 435; Toulouse, 16 mai 1829. Sir., 30, 2, 213 — (1) Art. 25. *V.* aussi la loi du 21 avril 1810. — 2 *Cum via publica ruinâ amissa est, vicinus proximus viam præstare debet.* Leg. 14, § 1. *ff. Quemadm. servit. amitt.*, 8, 6. Loi du 6 octobre 1791, sur les usages ruraux, tit. 2, art. 41. La demande en indemnité formée contre la commune doit être portée devant les tribunaux, et non devant l'administration. Ordonnance du Roi du 18 avril 1816. *Vid. suprà*, n° 495.

558. Suivant l'*Usement de Rennes*, art. 8. « celui qui veut faire « conduit pour cloaque ou eau, pour arriver au conduit public, les « voisins sur lesquels le chemin sera le plus commode, seront tenus « de souffrir *le passage*, sauf à eux à se servir du conduit, et en ce « cas faire les frais dudit conduit en leur endroit. »

Cet article doit encore être observé; c'est une servitude légale fondée sur l'intérêt public (*a*).

559. Doit-on étendre le principe de la nécessité au cas des réparations à faire à une maison ou à un mur contigu à l'héritage du voisin? Le propriétaire a-t-il le droit de faire passer ses ouvriers sur le fonds voisin et d'y poser ses échelles?

Quelques coutumes de France (1) avaient fait de ce droit une servitude légale qu'on appelait servitude d'*échelage*, ou du *tour de l'échelle;* elle résultait du seul fait du voisinage, sans qu'il fût besoin de titres pour l'établir (2).

Cette servitude, inconnue aux Romains, donnait le droit à celui à qui elle était due, lorsqu'il faisait réparer son mur ou son édifice, de poser ses échelles sur l'héritage voisin, et d'occuper par ses ouvriers l'espace de terre qui lui était nécessaire pour le tour de l'échelle.

La *Coutume de Reims*, art. 378, accordait le droit d'échelage, mais seulement comme une conséquence de la servitude d'égout. Il fallait prouver d'abord que cette dernière était due pour prétendre celle d'échelage; mais ni l'une ni l'autre ne s'acquéraient que par titre, ou *par chose équipollente à titre* (3); hors lesquels cas, l'un des voisins ne pouvait prétendre cette servitude sur l'autre, tous héritages étant présumés libres, s'il n'appert du contraire.

Dans les coutumes muettes, et notamment dans celle de Paris, la

---

(*a*) L'*Usement de Rennes* a été abrogé par la loi du 30 ventôse an XII, et le Code n'a point réservé la servitude dont il s'agit. Or, quelque grand que soit l'intérêt public, il ne suffit pas pour fonder une servitude légale. La loi ou les règlemens, émanés de l'autorité compétente, peuvent seuls modifier le droit de propriété. Arg. art. 544. *V.* aussi n° 560 ci-après. — (1) *V.* dans le *Répertoire*, l'article du Tour de l'échelle. La *Coutume d'Orléans* était du nombre de ces coutumes, et c'est dans ces principes qu'écrivit le savant Pothier. Il faut s'en souvenir, pour n'être pas subjugué par son autorité. — (2) L'art. 17 de l'*Usement de Nantes* porte : « Quand aucun fait son édifice ou répare en son héritage, et ne « le peut sans endommager son voisin, ou sans passer par sa maison et héritage, « celui voisin est tenu de lui prêter et donner patience à ce faire, et lui souf- « frir que par sa maison et héritage celui bâtisseur passe ses attraits, soient « poutres, gouttières ou autres choses, si ledit bâtisseur ne les peut commodé- « ment passer par ailleurs, parce que toutefois l'édifiant est tenu réparer, réta- « blir et mettre à dû état, à ses dépens, tout ce qu'il a rompu, démoli, gâté à son « dit voisin, et ne peut l'édifiant, pour raison de ce que dessus, acquérir droit « ni possession contre ne, au préjudice de celui qui a donné ou souffert la- « dite patience. » — (3) Buridan, sur cet article.

servitude du tour de l'échelle n'était point légale, et ne pouvait s'acquérir que de la manière que les autres servitudes discontinues, c'est-à-dire par titre et par prescription, dans les coutumes qui admettaient la prescription de ces sortes de servitudes.

Tout propriétaire pouvait, comme aujourd'hui, bâtir à l'extrémité de son héritage; il était même présumé y avoir bâti. Mais si le mur n'était pas mitoyen, il devait faire de son côté le service et les ouvrages nécessaires pour le rétablir ou le réparer. C'est un point attesté par un acte de notoriété donné par le Châtelet de Paris, le 23 août 1701, imprimé dans Desgodets (1).

Le Code civil, à l'exemple de la *Coutume de Paris*, n'a point mis la servitude d'échelage ou du tour de l'échelle au nombre des servitudes établies par la loi. Elle ne peut donc être prétendue qu'en vertu d'un titre, car c'est une servitude discontinue, qui ne peut s'acquérir par la prescription (*a*). Vainement dirait-on, avec les commentateurs des coutumes qui en avaient fait une servitude légale, qu'elle *est fondée sur l'humanité, charité et équité naturelle* (2). Cette prétendue équité est purement imaginaire; le propriétaire doit s'imputer de n'avoir pas laissé un espace suffisant pour y établir les ouvrages nécessaires aux réparations de sa maison ou de son mur : il doit donc *faire le service et les ouvrages de son côté*, comme le dit avec raison l'acte de notoriété ci-dessus cité. Ce service, surtout s'il s'agit des réparations d'une maison, sera sans doute infiniment plus gênant, infiniment plus dispendieux; mais il ne sera pas impossible, et le propriétaire pouvait prévenir cet embarras et cette dépense. Si la loi ne lui défend pas de bâtir à l'extrémité de son terrain, elle n'a pas voulu que cette faculté devînt un moyen pour imposer malgré lui à l'héritage du voisin une servitude très onéreuse. Il paraît donc certain qu'aujourd'hui la servitude du tour de l'échelle ne peut, dans aucune partie de la France, être *établie* que par un titre exprès. C'est la conséquence de l'art. 691 du Code civil, qui déclare imprescriptibles toutes les servitudes discontinues (3).

---

(1) Sur l'art. 210 de la *Coutume de Paris*. *V.* aussi le *Répertoire*, v° Tour de l'échelle, page 45. — (*a*) Ajoutez *ni* être établie par la destination du père de famille. Bordeaux, 20 décembre 1836; Sirey, 38, 2, 132; Dalloz, 38, 2, 69. — (2) Lamy, sur l'art. 84 de la *Coutume d'Étampes*. — (3) C'est l'opinion de M. Merlin, *Nouveau Répertoire*, v° Tour de l'échelle, § 2, *in fine*, page 46. Mais quid dans les coutumes où ce droit était une servitude légale? On pourrait dire que le Code n'a point d'effet rétroactif; qu'il n'a voulu ôter à personne un droit acquis; que ce droit de servitude étant acquis à tous les bâtimens antérieurs à la promulgation du Code, il doit continuer de subsister, et que les dispositions du Code ne sont applicables qu'aux bâtimens postérieurs à sa promulgation. Mais cependant plusieurs coutumes, en permettant de passer sur l'héritage voisin, pour réparer l'édifice contigu, ajoutent que, pour raison de ce, on ne peut

Cependant M. Pardessus fait une distinction. Il pense que, dans les lieux où la clôture n'est pas forcée, il n'y a pas de doute que le propriétaire n'a aucun droit, pour réparer son mur ou le toit de son bâtiment, de passer sur l'héritage voisin. Il a dû, dit cet auteur, construire son bâtiment de manière à n'en avoir aucun besoin. Il n'y a rien dans la loi qui autorise à admettre une telle servitude malgré le voisin (1).

Mais il prétend que, dans les villes où la clôture est forcée, celui à qui appartient le mur dont la réparation est urgente, peut exiger le passage sur l'héritage voisin, parce que l'art. 663 lui donnant le droit de contraindre son voisin à la construction d'un mur de clôture, c'est le cas d'appliquer la règle que le moins est contenu dans le plus.

Il nous est impossible de partager cette opinion. Le droit de passer sur l'héritage du voisin, pour réparer le mur de clôture non mitoyen, n'est point une conséquence nécessaire du droit de contraindre le voisin à contribuer aux constructions et réparations du mur de clôture mitoyen.

Si le mur est mitoyen, chaque voisin doit prêter le passage pour la réparation qui se fait à frais communs : nul doute sur ce point.

Mais s'il s'agit de réparations qui ne sont pas communes, c'est-à-dire si le mur n'est pas mitoyen, le propriétaire n'a pas le droit de contraindre le voisin à contribuer aux réparations. Il n'a donc pas le droit, pour faire ces réparations qui ne regardent que lui seul, de passer sur l'héritage du voisin, à qui elles sont étrangères. Il n'y a rien dans la loi qui autorise à admettre une telle servitude malgré le voisin (2).

560. Le même auteur prétend que, même dans les lieux où la clôture n'est pas forcée, la servitude du tour de l'échelle est une suite

---

acquérir *droit* et *possession* contre ne, au préjudice de celui qui a donné ou souffert patience de réparer ou édifier. Orléans, art. 210. L'art. 17 de l'*Usement de Nantes* contient la même disposition. Ce n'est donc point un droit acquis que leur enlèvent les dispositions du Code.

(1) Page 369, n° 312, l'auteur applique à ce cas la loi 61. *ff. de R. J.; Domum suam reficere unicuique licet, dùm non invito alteri officiat in quo jus non habet* — (2) L'auteur prétend ailleurs que l'on peut forcer le voisin à acquérir la mitoyenneté du mur qui sépare les deux héritages, dans les lieux où la clôture est forcée. Nous croyons avoir démontré *suprà*, n° 198, que cette opinion ne paraît pas fondée. En la supposant vraie, l'auteur pourrait dire : J'ai le droit de vous forcer d'acheter la mitoyenneté, et après cela, vous serez forcé de contribuer aux réparations, et de prêter comme moi le passage de votre côté, donc je puis vous forcer à me donner passage, même sans vous forcer d'acquérir la mitoyenneté. Pour être conséquent, il faudrait même dire : Je puis vous forcer d'acquérir la mitoyenneté de mon mur, et alors vous contribuerez à le réparer : donc je puis vous forcer à contribuer aux réparations avant même qu'il soit mitoyen; car je vous fais grâce du prix de la mitoyenneté.

nécessaire de la servitude d'égout; en sorte que si l'héritage du voisin est asservi à l'égout du toit, il ne peut se refuser au passage pour les réparations du même toit.

Telle était en effet le disposition particulière de la *Coutume de Meaux*, art. 75, comme nous l'avons observé ci-dessus. Mais cette Coutume est abrogée, même dans le territoire qu'elle régissait autrefois; et pour la faire revivre comme une loi générale, il faudrait, dans le Code, une disposition formelle qui n'existe point. En matière de servitudes, tout est de rigueur; on ne peut les étendre d'un cas à l'autre, *tantùm præscriptum, quantùm possessum*. La servitude d'égout et celle du tour de l'échelle sont deux servitudes différentes et d'une nature opposée. L'une est continue et apparente, elle peut être acquise par la prescription; l'autre est discontinue et non apparente, et ne peut s'acquérir que par titre. Il n'est pas vrai que celle-ci soit une suite nécessaire de l'autre; l'expérience journalière prouve que, pour réparer un toit, il n'est pas nécessaire de placer des échelles au pied du mur (*a*).

561. M. Merlin (1) pense, non pas que la servitude du tour de l'échelle soit une suite nécessaire de celle d'égout, mais, ce qui est très différent, qu'elle peut être acquise par une possession de trente ans, lorsqu'elle est accessoire de celle d'égout, qui est à la fois continue et apparente; cela résulte, dit-il, des articles 688 et 690 du Code.

Nous examinerons cette opinion, qui nous paraît souffrir des difficultés, en parlant de la prescription des servitudes (*Vid. inf.*, n° 646).

562. Il ne faut pas confondre avec la servitude du tour de l'échelle, l'espace qu'un propriétaire laisse, pour sa commodité, au-delà de son mur de clôture, afin de pouvoir le rétablir plus facilement, et que l'on appelle en quelques endroits investison (2), et quelquefois tour de l'échelle. C'est une propriété dont il peut user comme il le juge à propos, sans pouvoir ouvrir des portes ou des jours sur ce terrain, s'il n'a pas la largeur requise par les art. 678 et 679, pour l'ouverture des vues droites et des vues obliques. Il peut y établir l'égout de ses eaux et de ses immondices, pourvu qu'elles ne s'étendent pas sur le terrain du voisin.

563. L'étendue de la servitude du tour de l'échelle, quand elle

(*a*) *V.* en ce sens, Bourges, 23 août 1831; Sirey, 32, 2, 131; Dalloz, 32, 2, 1; Favard, *Répertoire*, v° Servitude, sect. 2, § 7, n° 7. *Secùs* Duranton, tome 5, n° 316. Comp. aussi Bordeaux, 20 décembre 1836; Sirey, 38, 2, 132; Dalloz, 38, 2, 69. — (1) *Nouveau Répertoire*, v° Tour de l'échelle, § 1, *in fine*, page 4. — (2) *V. Nouveau Répertoire*, v° Investison et Tour de l'échelle.

était due, était fixée à 3 pieds de distance à Paris, par l'acte de notoriété du 23 août 1701. Il est raisonnable de suivre cette fixation pour éviter l'arbitraire, dans les lieux où il n'y a pas d'usage contraire.

## § VII.

### Du parcours et de la vaine pâture.

564. Le parcours autorisé en certaines parties de la France, par les coutumes, et conservé avec des restrictions, pour les pays seulement où il avait lieu, par la loi du 6 octobre 1791, sur les usages ruraux, et par le Code civil (648), est une servitude légale, en vertu de laquelle les habitans de deux paroisses voisines peuvent envoyer réciproquement leurs bestiaux en vaine pâture d'un territoire sur l'autre.

La vaine pâture est le droit réciproque que les habitans d'une même commune ont d'envoyer leurs bestiaux paître sur les terres les uns des autres, lorsqu'il n'y a ni semences, ni fruits, et lorsque, par la loi et l'usage, elles ne sont pas *en défends*. On dit que des bois, des prés, etc., sont en *défends*, lorsque l'entrée en est défendue aux personnes qui ont droit d'y envoyer paître leurs bestiaux.

Les bois et les prés sont dits *défensables*, lorsque l'entrée en est permise aux mêmes personnes.

L'explication de ces deux servitudes peu connues en Bretagne, et qui n'y étaient pas autorisées par la coutume (1), exigerait de longs détails qui deviendraient peut-être bientôt inutiles. Le projet du Code rural, imprimé en vertu du décret impérial du 15 mai 1808, propose, art. 6 et 7, de supprimer définitivement ces deux servitudes, et donne pour cette suppression des motifs très raisonnables. On pourrait ajouter à ces motifs de suppression le grand nombre de procès qu'elles font naître.

Ce projet, s'il est adopté, introduira beaucoup de servitudes légales qui ne sont pas admises aujourd'hui.

(1) *V.* l'art. 393.

## CHAPITRE III.

### *Des servitudes établies par le fait de l'homme.*

SOMMAIRE.

565. Si les plaintes élevées contre ce chapitre sont fondées
566. Division du chapitre.

565. Après les servitudes légales, le Code traite des servitudes établies par le fait de l'homme.

On s'est, dit M. Maleville, assez généralement plaint de la maigreur de ce chapitre, sur une matière aussi importante. Ces plaintes ont été sans doute occasionnées par la comparaison qu'on en a faite avec les détails si souvent précieux qu'on trouve dans le droit romain.

Mais si l'on réfléchit que les lois romaines sont quelquefois d'une obscurité presque impénétrable; que les interprètes ne sont point encore d'accord sur la manière d'entendre plusieurs de ces lois; que les distinctions imaginées pour les concilier dégénèrent trop souvent en dispute de mots; que dans la langue latine, plus énergique et plus riche que la nôtre, presque toutes les servitudes avaient un nom particulier, dont il fallait fixer la signification pour déterminer l'étendue de chaque servitude, tandis que chez nous l'étendue ne dépend que du titre ou de la possession;

Enfin, si l'on réfléchit qu'il est de la majesté du législateur de ne tracer que des règles principales, et d'abandonner à la sagacité des jurisconsultes le développement des conséquences, ainsi que leur application à la prudence des magistrats, qui sont la loi vivante, peut-être pensera-t-on que les rédacteurs du Code ont fait sagement de se borner aux principes généraux exprimés avec netteté et précision, sans entrer dans les détails infinis auxquels chaque servitude particulière peut donner lieu.

566. Ce chapitre est divisé en quatre sections, auxquelles nous en ajouterons une première sur les personnes qui peuvent ou ne peuvent pas établir ou acquérir des servitudes, et une dernière sur les actions relatives aux servitudes. Le chapitre sera donc divisé en six sections :

1° Des personnes qui peuvent établir ou acquérir des servitudes;
2° Des diverses espèces de servitudes qu'on peut établir;
3° De la manière dont elles s'établissent;
4° Du droit qu'elles donnent, et de la manière dont on doit en user;
5° De la manière dont elles s'éteignent;
6° Des actions relatives aux servitudes.

## SECTION PREMIÈRE.

*Des personnes qui peuvent établir ou acquérir des servitudes.*

### § I.

**Des personnes qui peuvent les établir.**

SOMMAIRE.

567. Le propriétaire seul, et non l'usufruitier, peut en établir.
568. Ceux qui ne sont pas maîtres de leurs droits, ne le peuvent,
569. Ni les administrateurs du bien d'autrui.
570. Le propriétaire ne le peut sans le consentement de l'usufruitier.
571. *Quid* de ceux qui ont une propriété résoluble ou grevée d'hypothèque?
572. On peut imposer successivement plusieurs servitudes.
573. Des copropriétaires par indivis. Plusieurs questions à ce sujet.
574. Du possesseur annal.

567. Ce n'est qu'aux propriétaires que l'art. 686 permet d'établir des servitudes sur leurs fonds. On ne doit donc plus agiter aujourd'hui la question subtile de savoir si l'usufruitier peut en établir (1). Son droit étant essentiellement passager, il ne peut accorder sur l'héritage soumis à l'usufruit aucun droit durable de sa nature, comme le sont les servitudes. Les droits qu'il pourrait concéder s'éteindraient nécessairement avec l'usufruit, et ne pourraient être qualifiés de servitudes, puisqu'ils ne seraient pas dus par le fonds.

568. Il ne suffit pas d'être propriétaire pour établir une servitude; il faut de plus être maître de ses droits; il faut avoir le pouvoir d'aliéner, car la création d'une servitude est une véritable aliénation d'une partie de la propriété.

Ainsi les mineurs, les femmes, les interdits, ceux même qui sont soumis à la direction d'un conseil judiciaire, ne peuvent établir des servitudes sur leurs héritages, si ce n'est suivant les formes exigées pour l'aliénation de leurs biens.

569. Les administrateurs du bien d'autrui, tels que les tuteurs et les maris n'en peuvent établir. Le mari ne pourrait en établir sur les biens dotaux de la femme, même du consentement de cette dernière, si elle était mariée sous le régime dotal; mais il peut en établir sur les biens de la communauté, puisqu'il peut les vendre, les aliéner, etc. (1421).

570. Celui qui n'a que la nue propriété ne peut imposer de servitudes sans le consentement (2) de l'usufruitier, si ce n'est pour commencer à la fin de l'usufruit.

---

(1) *V.* Lalaure, liv. 1. chap. 4, page 26; Despeisses et Dumoulin, qu'il cite; le *Nouveau Répertoire*, v° Servitude, § 10, n° 2. — (2) La loi 15, *ff. de Usuf., in fine*, dit : « *Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem im-*

Il faut en excepter les servitudes qui ne portent aucune atteinte aux droits de l'usufruitier, telles que celle de ne pas élever sa maison plus haut.

571. Ceux qui n'ont qu'une propriété résoluble, tels que le donataire (929,963), le grevé de restitution ou de substitution, l'acquéreur à condition de réméré, l'héritier d'un fonds légué sous une condition non accomplie, etc., peuvent établir des servitudes; mais elles s'évanouissent par la résolution de leur droit, sans que ceux en faveur de qui elles étaient établies puissent invoquer la prescription, parce qu'avant cette époque, il n'y avait pas d'action ouverte contre eux.

L'hypothèque dont un héritage est grevé n'empêche point le propriétaire d'y établir des servitudes (1), sauf au créancier à provoquer son remboursement, si l'établissement de la servitude dépréciait notablement la valeur du fonds hypothéqué (2), ou même à faire vendre l'héritage comme libre de toute servitude, sauf l'action en indemnité de l'acquéreur de la servitude (3).

572. Celui dont l'héritage est grevé de quelque servitude peut en imposer de nouvelles, soit de la même espèce, soit d'une autre, pourvu qu'elles ne préjudicient point aux droits de celui qui en a déjà acquis une première.

573. Le copropriétaire par indivis ne peut imposer de servitudes sur le fonds commun (4), sans le consentement de ses copropriétaires (5).

Mais l'établissement n'est pas nul; l'exercice de la servitude est seulement suspendu pendant que les autres ou leurs héritiers n'y ont pas consenti. Leg. 18, *ff. Commun. præd.*

Celui qui a consenti à l'établissement d'une servitude sur le fonds commun, ne peut, pour en empêcher l'exercice, opposer le défaut de consentement de ses copropriétaires. Loi 11, *ff. de Servit. præd. rustic.*

Et s'il devient seul propriétaire de l'immeuble, par quelque moyen que ce soit, il est obligé de laisser exercer la servitude qu'il avait seul établie auparavant (6).

S'il n'avait imposé la servitude que sur sa part seulement, le con-

---

« ponere potest. » C'est une subtilité à laquelle il ne faut pas s'arrêter. *V.* le *Nouveau Répertoire*, Servitude, 1°, § 10, n° 3.

(1) Loi 205, *ff. de R. J.* — 2) Argum., art. 2131. — (3) *V.* M. Pardessus, 4e édition, page 421. — (4) *V.* le *Traité des servitudes* de M. Pardessus, nos 250 et 342 de la 4e édition, où l'auteur a parfaitement traité cette question et les suivantes. — 5 Leg. 2, *ff. de Servit.*; leg. 10, *ff. d. Aqu. et aqu. pluv. arc ndâ*, 39, 3; Pocquet de Livonière, *Règles du droit français*, liv. 1, tit. 4, règ. 21. — (6 Dumoulin, *Tract. sex decim. leg.*, nos 14 et 15; Pardessus, nos 253 et 316, 4e édition.

sentement des autres copropriétaires ne serait pas nécessaire; mais l'exercice de la servitude demeurerait suspendu jusqu'à ce que le partage eût fait connaître la portion de celui qui l'avait accordée (1).

Il semble même, par induction des art. 882 et 1166, que celui à qui la servitude a été cédée peut assister au partage, et contraindre le cédant à le provoquer ou le provoquer lui-même (2).

L'établissement de la servitude s'évanouirait, si les autres copropriétaires faisaient juger l'héritage indivisible, et en conséquence procéder à la licitation. Celui qui aurait concédé la servitude n'étant point en faute, ne serait tenu qu'à rendre le prix qu'il aurait reçu.

Mais si, par suite de la licitation, il demeurait seul propriétaire, la servitude subsisterait; car l'effet de la licitation le ferait considérer comme ayant toujours été seul propriétaire (883, 1408).

Si celui qui a établi la servitude vend sa portion indivise à un tiers qui devient propriétaire des autres portions, par l'effet de la licitation, ce tiers est, comme son vendeur, obligé de souffrir l'exercice de la servitude (3).

574. Le possesseur annal d'un héritage étant réputé propriétaire, peut établir des servitudes qui deviennent irrévocables si le propriétaire néglige de former la revendication en temps utile. Nous examinerons ci-après si l'acquéreur de bonne foi aurait prescrit la servitude par le laps de dix ou vingt ans, quoique l'action en revendication, qui dure trente ans, ne fût pas encore éteinte.

## § II.

### Des personnes qui peuvent acquérir des servitudes.

SOMMAIRE.

575. Ceux qui ne sont pas maîtres de leurs droits peuvent en acquérir.
576. Le possesseur *pro suo*, et celui qui stipule pour le propriétaire.
577. Quand on peut acquérir une servitude en stipulant pour autrui.
578. On peut en acquérir pour un fonds qu'on a l'espérance d'avoir.
579. Le propriétaire par indivis peut en acquérir.
580. *Quid* de l'usufruitier?

575. Ceux qui peuvent établir des servitudes sur leurs fonds peuvent à plus forte raison en acquérir.

Il y a même des personnes qui ne peuvent établir des servitudes,

(1) Dumoulin, n° 16. — (2) *V.* M. Pardessus, n° 348. — (3) Pothier, *Coutume d'Orléans*, tit. 12, n° 6, pense le contraire, mais son opinion est fondée sur des lois romaines qui paraissent aujourd'hui devoir céder à nos principes.

et qui peuvent néanmoins en acquérir; tels sont ceux qui ne sont pas maîtres de leurs droits, les mineurs, les femmes non autorisées, les administrateurs des biens d'autrui, les tuteurs, les maris, etc.; car l'acquisition d'une servitude augmente la valeur et l'agrément du fonds dominant.

576. Le possesseur *pro suo*, de bonne ou de mauvaise foi, et celui qui prendrait la qualité de faisant et agissant pour le propriétaire du fonds dominant, quoique n'ayant point de mandat, peuvent acquérir des servitudes, et la personne qui les aurait consenties ne pourrait révoquer son consentement, car ce n'était point à la personne, mais au fonds qu'elle concédait la servitude (*a*).

Mais dans tous ces cas, si les mineurs, les femmes non autorisées, les propriétaires dont on a géré les affaires, trouvaient la convention onéreuse, ils pourraient la faire annuler ou refuser de l'exécuter en renonçant à la servitude.

577. Ceux même qui ne sont ni propriétaires ni représentans du propriétaire, et qui n'ont pas pris expressément la qualité d'agissant en son nom, peuvent acquérir une servitude au profit du fonds qu'il possède, lorsque telle est la condition d'une stipulation qu'ils font pour eux-mêmes (art. 1121).

578. On peut acquérir une servitude au profit d'un fonds qu'on ne possède pas, mais qu'on a l'espérance de posséder ou d'acquérir (1). C'est une acquisition conditionnelle, qui s'évanouit si l'espérance ne se réalise pas.

579. L'un des copropriétaires d'un fonds indivis peut stipuler une servitude au profit du fonds commun; car la communauté qui existe entre eux lui donne le droit et lui fait même une loi de rendre meilleure la chose commune (2).

580. L'usufruitier peut acquérir une servitude en faveur du fonds dont il a l'usufruit (3), en déclarant agir pour le propriétaire, ou en

---

(*a*) Ou plutôt parce qu'elle est liée par une stipulation valable dont le propriétaire du fonds peut réclamer le bénéfice. Il va sans dire que le propriétaire qui conserve la servitude acquise par le possesseur de bonne ou de mauvaise foi doit lui payer une indemnité. Mais comment cette indemnité sera-t-elle réglée? Je pense qu'on devra appliquer ici par analogie les dispositions de l'art. 555. — (1) Dumoulin, *Extricat. labyrinth. sex decim.* leg., n° 15. — (2) *V.* le *Traité des servitudes* de M. Pardessus, n° 357, où il combat avec avantage l'opinion de Dumoulin, qui pensait que l'effet de la stipulation est suspendu tant que les autres copropriétaires n'ont pas donné leur consentement, ou qu'un partage n'a pas distingué la part du stipulant, ou qu'enfin il n'est pas devenu propriétaire de la totalité. — (3) L'usufruitier, par la nature de son droit, est constitué le mandataire du propriétaire. *V.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 7 octobre 1813, Sirey, 15, 1, page 143. — [ *V.* Leg. 15, § 7, *ff. de Usuf.* Je ne crois pas qu'on puisse dire que l'usufruitier, est le mandataire du propriétaire. Dans l'espèce

stipulant que la servitude est établie en faveur de tous ceux qui posséderont le fonds après lui; mais si, dans l'acte d'acquisition, il ne prenait que la qualité nécessairement temporaire et personnelle d'usufruitier, sans exprimer en même temps qu'il stipule pour tous ses successeurs dans la possession de l'héritage, le droit s'éteindrait avec l'usufruit, et le propriétaire ne serait pas fondé à réclamer une servitude qui n'aurait pas été acquise au fonds grevé d'usufruit, ou qui ne l'aurait été que pour le temps de l'usufruit (1)

## SECTION II.

*Des diverses espèces de servitudes qu'on peut établir, et de leurs divisions*

### SOMMAIRE.

581. Il est permis d'établir toutes les servitudes qui ne sont contraires ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs.
582. Pourvu que les services ne soient imposés ni aux personnes, ni en faveur des personnes.
583. On ne peut plus établir de corvées à titre de servitudes.
584. Elles pourraient seulement affecter l'héritage à titre d'hypothèque.
585. Mais elles seraient toujours rachetables.
586. Le droit de se promener, etc., sur l'héritage voisin, stipulé en faveur des personnes, ne serait point une servitude due par le fonds; ce serait une servitude personnelle défendue par le Code.
587. La stipulation ne produirait qu'une obligation personnelle.
588. Comment connaître si le droit est imposé au fonds ou stipulé en faveur de la personne.
589. On peut établir des servitudes réelles pour le simple agrément.
590. Le droit de se promener, de souper dans l'héritage voisin, peut-il être une servitude réelle?
591. Les servitudes légales peuvent être modifiées par la convention
592. Pour stipuler une servitude, il faut y avoir intérêt.
593. Le défaut d'intérêt doit être évident.
594. Peut-on stipuler que le voisin ne pourra faire de feu dans sa cheminée?
595. Il faut avoir un héritage à portée de retirer de l'utilité ou de l'agrément de la servitude.

---

de l'arrêt cité par M. Toullier, il s'agissait d'un usufruitier qui avait fait des actes conservatoires *qui retinuit* pour employer le langage des lois romaines et non des actes d'acquisition, et il décide que ces actes ont profité aux propriétaires; « Attendu, dit la Cour, que l'usufruitier est constitué par la nature de son droit d'usufruitier, mandataire du nu-propriétaire pour faire *tous les actes conservatoires* que l'immeuble ou la créance grevée d'usufruit peut exiger; que ce point est consacré par les lois romaines, Leg. 1, § 7 et l. 2; *ff. Usufructuarius quemadm. cav.*; enfin, que ce point de droit a été maintenu par l'art. 614 C. civ., rejette. » Cette dernière proposition n'est pas, il faut en convenir, sans difficulté, mais cela importe peu à la question qui nous occupe. Il suffit en effet de faire voir qu'il n'y avait aucune induction favorable à tirer de cet arrêt puisqu'il statue sur des actes d'une nature tout à fait différente. ]

(1) Garan de Coulon, dans le *Nouveau Répertoire*, v° Servitude, § 11, n° 1, page 29; ajoutez-y Pardessus, *Traité des servitudes*, n° 356.

596. Division des servitudes, 1° en urbaines et rurales;
597. 2° En continues et discontinues; 3° en apparentes et non apparentes;
598. 4° En affirmatives et négatives.

581. Au lieu de faire, des servitudes établies par le fait de l'homme, une énumération qui n'eût jamais pu être complète, qui eût répandu des doutes sur celles qu'on eût omises, et qui eût entraîné des longueurs excessives, le Code civil commence par poser un principe fécond, qui tranche une foule de difficultés.

« Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou « en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur sem- « blera, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés « *ni à la personne, ni en faveur de la personne,* mais seulement *à* « *un fonds* et pour *un fonds*, et pourvu que ces servitudes n'aient « d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public (686). »

Ainsi, liberté absolue dans l'établissement des servitudes : toutes celles qui ne sont pas défendues par la loi sont permises; le Code n'excepte que celles qui sont contraires à l'ordre public : il faut ajouter et aux bonnes mœurs, car tout ce qui leur est contraire blesse l'ordre public (1133).

582. Il défend encore que l'on abuse de la liberté des conventions pour en faire de contraires à l'indépendance des personnes, en imposant aux *personnes*, ou *en faveur des personnes*, des services qui pourraient rétablir la sujétion d'une personne envers une autre, et qui tiendraient plutôt à la nature des droits féodaux, supprimés comme contraires à l'ordre public, qu'à celle des servitudes prédiales, dont le véritable caractère est d'être dues par un fonds à un autre fonds, et qui consiste essentiellement à souffrir ou à ne pas faire quelque chose, et non pas dans un service personnel, *in faciendo* (*a*).

583. Ainsi je ne pourrais stipuler, à titre de servitude, que Titius et ceux qui posséderont après lui tel héritage, me feront annuellement tant de journées de travail pour couper le foin de ma prairie, car c'est un service imposé aux personnes, contraire par conséquent à la nature des servitudes. Ce n'est pas un droit réel, un démembrement de la propriété; c'est une obligation personnelle de faire, qui ne pourrait passer aux successeurs à titre singulier de celui qui l'aurait contractée; ce n'est point une charge, une qualité de fonds qui, sans qu'il soit besoin de l'exprimer, passe avec lui en quelque main qu'il se trouve, quel qu'en soit le possesseur.

(*a*) Une servitude constituée au profit d'un héritage peut être limitée quant à sa durée à la vie du possesseur actuel de cet héritage ou à tout autre terme. Les servitudes ne sont perpétuelles que de leur nature, elles ne le sont pas par essence. Cod. civ., cass., 7 février 1825, Sirey, 25, 1, 213 *V.* n° 602.

584. Si elle était estimée en derniers, cette obligation pourrait affecter l'héritage à titre d'hypothèque, comme une rente; par exemple, si je me suis obligé pour moi et mes successeurs, dans tel héritage, qui demeure spécialement affecté à cette charge, à vous faire chaque année trente journées de travail, estimées 30 francs, pour faucher votre prairie, vous pourriez conserver l'hypothèque de cette charge sur l'héritage par une inscription au bureau de la conservation des hypothèques; inscription qui n'est pas nécessaire pour conserver les servitudes.

585. Mais je pourrais toujours, ainsi que mes héritiers, nonobstant toute stipulation contraire, racheter cette charge comme une rente hypothécaire; rachat qui n'est pas autorisé pour les servitudes, parce qu'elles sont un démembrement de la propriété, et que personne ne peut être obligé de vendre sa propriété.

586. Je ne puis aussi stipuler comme servitude que le droit, par exemple, d'aller puiser de l'eau, de passer, de se promener sur l'héritage Cornélien, appartiendra à moi et à mes héritiers, indépendamment des biens qu'ils posséderont et du lieu qu'ils habiteront : ce serait une servitude imposée en faveur des personnes. Or, les servitudes ne peuvent l'être qu'en faveur du fonds, c'est-à-dire des possesseurs de tels fonds, ou des habitans de tel lieu (1). Ce sont des droits, des qualités attachés activement à l'héritage dominant, comme ils le sont passivement à l'héritage servant, et qui en sont inséparables, tellement que les mutations dans la personne des propriétaires ne changent rien à ces droits, qui ne sont pas dus par la chose à la personne, mais par la chose à la chose.

Ainsi, ces droits ne peuvent passer d'une personne à l'autre, si ce n'est avec le fonds dominant ou servant. Les possesseurs du fonds dominant ne peuvent ni louer ces droits, ni les hypothéquer, ni les transférer à d'autres personnes séparément du fonds auquel ils sont attachés (2).

Si donc on stipulait une servitude en faveur des personnes, et non pas en faveur de leurs propriétés, elle perdrait la nature de servitude réelle pour devenir servitude personnelle (3), défendue par le Code, qui n'en connaît plus d'autres que l'usufruit; l'usage et l'habitation,

(1) Dunod, *des Prescriptions*, pages 186 et 187, lig. 10. « *Ideò hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis constitui non possunt; nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui prædium habet.* » § 3, *Instit. de Serv. præd.*; leg. 1, *ff. Com. præd.*, 8, 4. — (2) Leg. 33, § 1, *ff. de Servit. præd. rustic.*; leg. 44, *ff. locati : locare servitutem nemo potest*; Wolf, *Jus nat.*, part. 5, § 1368. — (3) Si j'avais stipulé que pendant ma vie j'aurai le droit de passage sur votre fonds, pour l'utilité de ma maison ou de mon jardin, ce ne serait pas une servitude réelle, mais une servitude personnelle temporaire.

qu'il s'est même abstenu de qualifier de servitudes, quoiqu'ils en conservent la nature (*a*).

587. La stipulation ne serait pas nulle à la vérité, mais il n'en résulterait pas une servitude; il n'en résulterait d'un côté qu'un droit personnel qui s'éteindrait à la mort du stipulant, à moins qu'il n'eût aussi été stipulé en faveur de ses héritiers; de l'autre côté, qu'une obligation personnelle, à laquelle ne seraient point tenus les successeurs à titre singulier; par exemple, l'acquéreur du fonds, sauf l'action en indemnité qu'aurait le stipulant ou ses héritiers contre le vendeur, qui serait en faute de n'avoir pas assujetti son acquéreur à souffrir l'exercice du droit. Par exemple, je stipule que, pour me rendre à la maison de campagne de mon ami, où je passe l'été, il me sera permis de passer avec chevaux et voiture sur les terres de Titius : je pourrai user de ce droit de passage pendant ma vie; mais il s'éteindra à ma mort, comme un droit d'usufruit, sans passer à mes enfans.

Si j'avais stipulé ce passage pour moi et pour mes héritiers, Titius pourrait toujours s'en libérer en le rachetant, moyennant une somme d'argent, comme on peut rembourser une rente; car toutes les charges imposées aux héritages, autres que les servitudes, sont essentiellement rachetables (*b*).

De plus, si Titius vendait ses terres sans obliger l'acquéreur de souffrir le passage, je n'aurais contre ce dernier aucune action (1) pour le contraindre à me laisser passer, mais seulement une action en dommages et intérêts contre Titius.

588. Il est donc encore aujourd'hui important de distinguer quand le droit est imposé pour un fonds, ou seulement stipulé en faveur de la personne.

Si la concession énonce qu'il est concédé pour l'utilité d'un autre fonds, il ne peut y avoir de doute, quand même le droit ne serait pas qualifié de servitude. Cette qualification n'est pas nécessaire; tout service imposé sur un fonds en faveur d'un autre fonds, est essentiellement une servitude. La nature d'un droit se détermine par sa qualité plutôt que par la dénomination qu'on lui a donnée.

---

(*a*) Comp. le n° suivant. — (*b*) Ce principe n'est point écrit dans le Code et je ne pense pas qu'on puisse l'y suppléer. De plus en supposant que le droit dont il s'agit constituât une obligation transmissible aux héritiers ou ayant-cause, je doute fort qu'on pût l'assimiler, afin d'en opérer le rachat, à une rente soit foncière, soit constituée. Comp. n° 676 et suiv. — (1) Erreur que j'ai rétractée dans mon *Traité des obligations*, en parlant des obligations réelles et personnelles, tome 6, n° 437. L'obligation de celui qui a vendu un pareil droit de passage passe à l'acquéreur de l'héritage. — [ *V.* mes observations, tome 6, n° 437. ]

Si l'acte n'énonçait pas que ce droit est concédé pour l'utilité de tel héritage, mais en faveur de telle personne qui en est propriétaire, il faudrait considérer si, par sa nature, le droit concédé procure une utilité réelle à l'héritage, ou seulement un agrément personnel à l'individu propriétaire.

Dans le premier cas, on doit présumer que le droit concédé est une servitude réelle, quoiqu'on ne lui en ait pas donné le nom. Ainsi, par exemple, si j'ai stipulé le droit de passer avec charrette et chevaux sur le fonds A, attenant au fonds B, dont je suis propriétaire, sans ajouter que le passage est pour l'utilité de mon fonds, ce n'en est pas moins une servitude réelle établie pour l'usage du fonds B.

Il en est de même si, possédant une maison contiguë à des terres riveraines d'une grande route, j'ai stipulé le droit de passer sur ces terres, sans exprimer que le passage est pour le service de ma maison; car il est évident qu'elle retire une utilité réelle de ce passage.

Au contraire, si, par sa nature, la concession ne paraît procurer qu'un agrément personnel à l'individu, elle ne peut être considérée que comme stipulée en faveur de la personne, et ne peut être rendue réelle que par une énonciation expresse.

Par exemple, si le propriétaire d'une maison voisine d'un parc, d'un jardin, stipule le droit d'y passer, de s'y promener, d'y cueillir des fruits, des fleurs, la concession sera considérée comme un droit personnel à l'individu; ce ne sera point une servitude, parce que le Code proscrit formellement les servitudes personnelles. Ainsi, l'acquéreur du parc ne serait point obligé de souffrir l'exercice d'un pareil droit, à moins que son contrat d'acquisition ne l'y obligeât. C'est une obligation personnelle à celui qui l'a contractée, et à laquelle l'acquéreur demeure soumis en vertu de la convention contenue dans son contrat d'acquisition.

Mais le droit pourrait être rendu réel, et deviendrait une véritable servitude prédiale, si j'avais stipulé, comme propriétaire de la maison, pour moi et mes successeurs ou ayant-cause.

Ainsi, le même droit concédé peut n'être qu'une faculté personnelle à l'individu, et qui s'éteint à sa mort, ou une servitude prédiale qui passe aux possesseurs de l'héritage; car ce droit devient utile, et donne plus de valeur à l'héritage dominant, par cela même qu'il procure de l'agrément à son possesseur (1).

589. Car les servitudes prédiales ne sont pas bornées à l'utilité

(1) *V.* Brunnemann, *in leg.* 19, *ff. de Servit.*

évidente et prochaine d'un fonds ; le simple agrément, l'avantage éloigné, suffisent pour les faire établir (1). C'est un principe admis même par le droit romain (2).

590. On y trouve cependant une décision qui paraît contraire. Le jurisconsulte Paul (3) dit qu'on ne peut établir la servitude de se promener dans l'héritage d'autrui, d'y cueillir des fruits, d'y souper.

Mais il ne paraît pas que ce texte puisse être invoqué sous l'empire du Code, qui laisse une liberté illimitée dans l'établissement des servitudes, et qui ne défend d'établir que celles qui sont contraires à l'ordre public, ou qui sont en *faveur de la personne et non pas pour un fonds*.

Tout dépend donc de savoir si le droit est concédé au fonds ou à la personne : or, il est concédé au fonds toutes les fois qu'il ne peut être exercé que par le possesseur du fonds, quel qu'il soit, et que ce possesseur perd la faculté de l'exercer en perdant la possession du fonds.

Il n'est point contraire à la nature des choses (4) de stipuler que le possesseur de telle maison et ses successeurs auront la faculté de se promener dans un jardin voisin, d'y cueillir des fruits, d'y souper au frais. Ce n'est pas seulement un agrément personnel au possesseur, c'est encore un avantage, une utilité réelle pour la maison, qui en acquiert une valeur locative ou vénale beaucoup plus considérable.

On peut stipuler sur le jardin voisin un droit de prospect, qui n'a également pour objet que l'agrément personnel du possesseur de l'héritage dominant. On peut stipuler le droit de passage, qui, suivant les jurisconsultes romains, renferme celui de se promener : *Iter est jus eundi, ambulandi*, etc. (5). Pourquoi donc serait-il défendu de stipuler le droit de se promener dans un jardin, d'y souper, etc.? Cependant il serait possible que l'autorité du droit romain l'emportât sur ces raisons, quoiqu'il n'ait plus force de loi. On s'appuierait sur l'art. 637 du Code, qui porte que les servitudes sont imposées pour l'*utilité* d'un autre héritage. La question peut donc être douteuse, jusqu'à ce que la jurisprudence ait fixé les opinions.

591. La liberté illimitée des conventions, en matière de servitudes, laisse aux particuliers la faculté de modifier les servitudes lé-

---

(1) Le *Répertoire*, vo Servitude, § 13; Pardessus, no 315, pages 20 et 313, no 18 et 20, *in fine*. — (2) Leg. 3, *pr. ff. de Aquâ quot. et æstiv. Hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causâ vel amœnitatis aqua duci possit.* V. aussi Cujas, *in leg.* 8, *ff. de Servit.*; Despeisses, 2e part., tome 1, sect. 1, no 11, et son annotateur. — (3) Leg. 8, *ff. de Servit. Ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, ut cenari in alieno possimus. servitus imponi non potest.* — (4) V. Wolf, *Jus nat.*, 5e part., § 1393, à la note. — (5) Leg. 1, *ff. de Servit. præd. rustic.*, 8, 3.

gales, et de déroger aux lois qui les établissent, quoique conçues en termes négatifs, car toutes les lois conçues en termes négatifs ne sont pas prohibitives (1).

Ainsi, quoique l'art. 678 du Code dise *qu'on ne peut* avoir des vues droites sur l'héritage voisin, s'il n'y a pas 19 décimètres (6 pieds) de distance entre le mur où on les pratique et ledit héritage, on peut néanmoins acquérir du voisin, ou même par prescription, la faculté d'ouvrir des fenêtres sans observer cette distance.

Au contraire, il y a des lois conçues en termes impératifs, auxquelles on ne peut déroger, par exemple, aux ordonnances de police qui ordonnent d'avoir, à Paris, dans chaque maison, un puits, avec corde, poulie et seau (2).

La règle à suivre est d'examiner si la loi qui ordonne ou défend quelque chose, a pour objet l'intérêt public ou celui des particuliers. Dans le premier cas, il n'est pas permis d'y déroger à titre de servitude; dans le second, chacun peut renoncer au bénéfice que la loi a introduit en sa faveur.

592. L'intérêt est le fondement nécessaire de toutes les actions. Une obligation sans cause ne peut avoir aucun effet (1131). Cette cause n'est pas seulement dans la volonté, mais encore dans l'intérêt réciproque des parties ou de l'une d'elles. En matière de servitudes, la cause doit être l'utilité ou l'agrément d'un autre fonds. Personne ne peut donc stipuler des servitudes qui ne sont d'aucune utilité (3) ou d'aucun agrément prochain ou éloigné pour son héritage. L'exécution d'une pareille stipulation ne pourrait être réclamée en justice : l'équité ne permet pas de gêner inutilement la liberté des autres par des conventions dont on ne retire soi-même aucun avantage.

Ainsi, le jurisconsulte Pomponius (4) déclare nulle la stipulation en vertu de laquelle je vous obligerais à ne point passer sur votre héritage, ou à ne point vous y arrêter.

593. Mais, dit avec raison un auteur exact et profond, « Les « conventions des hommes sont quelque chose de si sacré, et dont « l'exécution est si importante pour le bien de la société, qu'il faut

---

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, vo Servitude, § 13. — (2) *Ibid.* — (3) *Ad hoc enim inventæ sunt obligationes, ut unusquisque acquirat sibi quod suâ interest. Instit.*, § 18, *de Inut. stip. V.* ce principe appliqué aux servitudes, et développé par des exemples tirés des lois romaines dans Lalaure, liv. 1, chap. 8, pages 45, 46 et 47, et les autorités qu'il cite; Prévôt de la Jannès, *Jurisprudence française*, tome 1, page 331; le *Répertoire*, vo Servitude, § 13. — (4) Leg. 15, *ff de Servit. quotiens.... nihil vicinorum interest, non valet, veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas, et ideò, si mihi concedas jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur : Aliter atque si concedas mihi jus tibi non esse in fundo tuo aquam quærere, minuendæ aquæ meæ gratiâ.*

« être bien sûr que celui qui en réclame l'exécution n'y a aucun inté-
« rêt pour la lui refuser (1). »

Il faut donc que l'inutilité de la servitude soit évidente; on ne pourrait s'y soustraire si l'inutilité n'était qu'apparente.

C'est l'espèce de la loi 19, *ff. de Servit.*, où le jurisconsulte Labéon (2) pense que le propriétaire de deux fonds voisins peut, en vendant l'un des deux, lui imposer une servitude inutile. Il en donne pour exemple une conduite d'eau qui paraîtrait inutile au fonds dominant. *Si aquam ducere non expediret;* et la raison en est, dit-il, que nous pouvons posséder des choses qui nous sont inutiles.

Dans cette espèce, l'inutilité n'était qu'apparente. Le vendeur pouvait, dans la suite, rendre utile ou agréable cette eau surabondante, et inutile au moment de la vente (3).

594. On peut citer d'autres exemples de servitudes dont l'inutilité n'est qu'apparente. Lalaure (4) dit qu'on ne peut stipuler à titre de servitude que le voisin ne pourra faire de feu dans sa cheminée. Il se fonde sur la loi 8, § 6, *Si servit. vindic.* Si tel est le sens de cette loi, il est au moins fort douteux qu'elle fût suivie sous l'empire du Code civil. Le propriétaire d'une maison peut stipuler que le voisin ne pourra bâtir sur l'héritage contigu. Il peut, à plus forte raison, stipuler qu'il n'y pourra bâtir qu'un édifice sans cheminée, ou supprimer des cheminées : *Non debet cui plus licet quod minùs est non licere* (5). Les dangers du feu sont si redoutables, que je puis avoir un très grand intérêt à stipuler qu'on ne pourra faire ni feu ni fumée dans une maison voisine de la mienne (6).

595. Comme les servitudes doivent être imposées sur un héritage, pour l'utilité ou l'agrément d'un autre héritage, il faut, pour stipuler

---

(1) Garan de Coulon, dans le *Répertoire de jurisprudence*, vo Servitude, § 13. — (2) *V.* sur cette loi, le *Traité des servitudes* de Davezan, 3e part., chap. 12, page 152, dans le tome 4 du *Trésor de Meerman; V.* aussi Brunnemann, — (3) Domat, liv. 1, tit. 12, sect. 1, no 17. — (4) *Traité des servitudes*, liv. 1, chap. 8, page 44. Ulpien, dans la loi citée, après avoir rapporté l'opinion d'Ariston sur l'affaire de la manufacture de fromages de Minturnes, dont la fumée incommodait un particulier nommé Cornelius-Vitalis, adopte l'opinion de ce jurisconsulte, qui, partant du principe, « *In suo hactenùs facere licet quatenùs in alienum nihil immitat*, ajoute : *Fumi autem sicut aquæ esse immissionem*, et décide en conséquence que Cornelius-Vitalis pouvait empêcher les fermiers de la manufacture de faire la fumée qui l'incommodait : il ne s'agit donc pas de servitude. Dans le § 6, Ulpien limite cette décision, en disant qu'on ne pouvait étendre cette action pour empêcher une fumée ordinaire : *Fumum non gravem puta ex foco*, parce qu'on ne peut empêcher personne de faire du feu dans sa maison : *Agi non potest jus esse in suo ignem facere, aut sedere, aut lavare.* Mais il ne résulte pas de là qu'on ne puisse stipuler, à titre de servitude, que le voisin ne pourra faire de feu dans sa cheminée. — (5) Leg. 21, *ff. de R. J.* — (6) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, vo Servitude, § 13, page 81.

une servitude, avoir un fonds qui soit à portée de retirer de l'utilité ou de l'agrément de la servitude stipulée; mais il n'est pas nécessaire qu'il soit contigu à l'héritage dominant (1).

Je puis stipuler en faveur de mon champ A une servitude de passage sur le champ C, appartenant à Titius, quoiqu'il y ait entre les deux le champ B appartenant à Mévius, si, en faisant un circuit, le passage sur le champ C peut être utile au champ A.

Je puis stipuler que Titius ne pourra élever sa maison, afin de ne pas nuire aux jours ou au prospect de la mienne, quoique entre les deux il se trouve une rue ou même des champs intermédiaires. Mais s'il existait entre les deux maisons une montagne (2), ou un édifice public, la stipulation serait nulle par défaut de cause ou d'intérêt; elle aurait même quelque chose de dérisoire : il est évident qu'elle serait inutile.

596. En supposant connus les principes communs à toutes les conventions, et après avoir posé le principe d'une liberté illimitée dans l'établissement des servitudes, le Code en donne les principales divisions.

Il commence par expliquer la division des servitudes en urbaines et rurales; division qui était d'une extrême importance dans l'ancien droit romain, pendant qu'on y admit la différence entre le domaine *quiritaire*, qui ne pouvait appartenir qu'aux citoyens romains, et le domaine *bonitaire*, ou du droit des gens, qui leur était commun avec toutes les nations (3). De là était née la différence des choses *mancipi* et *nec mancipi* (a). Les servitudes rustiques étaient des choses *mancipi*, et les servitudes urbaines des choses *nec mancipi*. Cette différence en avait produit beaucoup d'autres dans les effets de ces servitudes, dans la manière de les acquérir ou de les perdre (4). C'est par cette raison que les jurisconsultes romains avaient mis tant de soin à donner la définition, les caractères et l'énumération des servitudes urbaines ou rustiques.

Mais ils n'étaient pas d'accord sur ce qu'il fallait appeler héritages urbains et rustiques; ce qu'il importait cependant beaucoup de savoir, parce que c'est de l'héritage dominant que ces servitudes tirent leur nom. On appelait urbaines celles qui sont dues à un héritage urbain, et rustiques celles qui sont dues à un héritage rustique.

---

(1) Dumoulin, *Tract. de divid. et indiv.*, 3e part., no 359, t. 3. p. 252 : *Nec vera est opinio eorum qui putant prædium medium serviens impedire constitutionem servitutis.* — (2) Leg. 38 et 39, *ff. de Servit. præd. urb.* — (3) Heinec., *Antiquit.*, lib. 2, tit. 1, § 18, *Instit. jur. civ.*, § 336, et *Recital.* Vicat, vo *Bonitarium.* — (a) C'est un point encore fort douteux. *V.* Blondeau Chrestomathie, p. 195 et suiv. et 207 et suiv. — (4) Heinec., *in Pandect.*, 2e part., § 154.

Nératius voulait qu'on donnât aux héritages le nom de leur situation, et qu'on appelât urbains ceux qui étaient à la ville, et rustiques ceux qui étaient à la campagne : les autres jurisconsultes pensèrent qu'on devait régler le nom des héritages sur leur destination. On nommait donc héritages *urbains* ceux qui servaient principalement à l'habitation, et *rustiques* ceux qui étaient destinés à être exploités.

Ainsi, il y a des héritages urbains à la campagne, et des héritages rustiques à la ville.

Mais cette distinction n'avait pas suffi pour lever toutes les difficultés entre les interprètes. On disputait pour savoir dans quelle classe on mettrait les étables, les granges, les celliers, les pressoirs. Le plus grand nombre des jurisconsultes les rangeaient parmi les héritages urbains, parce que la loi 198, *ff. de V. S.*, répute urbains tous les édifices sans exception (1).

Le Code paraît consacrer leur opinion. L'art. 687 dit : « Les « servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtimens, ou pour « celui des fonds de terre. »

Les granges, les étables, etc., sont évidemment des bâtimens; et le Code ne fait, en ce qui concerne les servitudes, aucune différence entre ceux qui sont destinés à l'habitation ou à un autre usage.

L'article ajoute : « Celles (les servitudes) de la première espèce « s'appellent *urbaines*, soit que les bâtimens auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou la campagne;

« Celles de la seconde espèce se nomment rurales. »

Lorsque Justinien eut aboli la distinction du domaine quiritaire et du domaine bonitaire, et celle des choses *mancipi* et *nec mancipi*, il ne resta que fort peu de différences entre les servitudes urbaines et rurales (2).

Il n'en existe aucune dans le Code civil, relativement à la manière de les acquérir ou de les perdre; en sorte que cette ancienne division des servitudes, qu'on regardait autrefois comme la plus importante n'est presque d'aucun usage dans la pratique.

Elle n'a même rien de fixe, puisque la même servitude peut être urbaine ou rurale, selon qu'elle est due à un fonds de terre ou à un bâtiment (*a*).

---

(1 Cette loi met cependant au nombre des héritages urbains *horti si qui sunt ædificiis constituti*. Mais il paraît qu'il s'agit ici des jardins que le luxe des Romains établissait sur le haut de leurs édifices.—(2) Heinec., *in Pandect.*, 2e part. §§ 150 et 154.— *a*) La division des servitudes en urbaines et rurales, telle qu'elle existait en droit romain était fixe. Le caractère de la servitude ne variait point suivant que l'héritage dominant était un bâtiment ou un fonds de terre. Ce qui le prouve, c'est le soin avec lequel les jurisconsultes romains se so-

597. Après la distinction des servitudes en urbaines et rurales, le Code donne d'autres divisions extrêmement importantes, et d'un usage journalier dans la pratique.

Il les divise en servitudes continues et discontinues, en apparentes et non apparentes.

Il ne faut pas confondre la continuité des servitudes (1) avec leur cause perpétuelle. C'est dans le droit romain un principe commun à toutes les servitudes réelles ou prédiales, qu'elles doivent avoir une cause perpétuelle : *Omnes servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent.* Leg. 28, *ff. de Servit. præd. urb.*

Mais que faut-il entendre par cette cause perpétuelle? C'est une question sur laquelle les plus savans interprètes se sont exercés sans pouvoir s'accorder (2).

Sans nous embarrasser de cette question obscure et inutile, il nous suffit d'observer que la cause perpétuelle des servitudes ne peut être la même chose que leur continuité, puisque, suivant le droit romain, toutes les servitudes doivent avoir une cause perpétuelle, tandis qu'il est certain qu'il existe des servitudes continues, d'autres discontinues, que le Code a définies avec beaucoup de clarté

« Les servitudes continues (3) sont celles dont l'usage est ou peut

---

attachés à déterminer d'une manière absolue à quelle classe devait appartenir telle ou telle servitude: Aussi Vinnius rejette-t-il cette opinion comme contraire à la raison : *Ratio autem non patitur,* dit-il, *ut eddem specie servitus nunc rustica, nunc urbana dicatur. V.* Comment. sur le § 1er du *Tit. de Servitut. Instit.* Mais alors sur quelle idée repose cette division? Le voici en deux mots : suivant le jurisconsulte Paul. les servitudes prédiales tiennent les unes au sol, les autres à la superficie : *Servitutes prædiorum aliæ in solo; aliæ in superficie consistunt,* Leg. 3. *ff. de Servitut.* Les premières sont appelées rustiques, les autres urbaines, parce que le sol forme l'héritage rural; la superficie, les constructions élevées au-dessus du sol, l'héritage urbain. Ainsi les servitudes qui affectent la superficie qui sont dues à la superficie, qui, presque toujours sont attachées à des édifices, *ædificiis inhærent*, appartiennent à la classe des servitudes urbaines, tandis que toutes les autres appartiennent à la classe des servitudes rurales. La division des servitudes en urbaines et rustiques rappelée par le Code et qui était fort importante dans le droit romain ne présente aujourd'hui, comme le dit M. Toullier. aucune utilité dans la pratique.

(1) *Servitutes quæ certam continuamque possessionem habent.* Leg. 14, *ff. de servit.*; Leprêtre, cent. 2, chap. 63, no 9. — (2) *V.* là-dessus une *Dissertation* de près de cinquante pages. in-4o, écrite sur ce sujet par Heineccius, *de causâ servitutum perpetuâ*, tome 2. oper., syllog. 2, page 177. — (3) Sur les servitudes continues et discontinues, *V.* Lalaure, page 105. Il paraît que Cœpola. qui vivait en 1477, est le premier qui ait donné pour caractère des servitudes continues. de n'avoir pas besoin du fait actuel de l'homme. *Vid. Tract.*, cap. 11, nos 2 et 3. *V.* aussi Dunod, *des Prescriptions*, page 287, *in fine.* D'Argentré, *in art.* 271, vo Sans titre, nos 8 et 12, col. 1257. — [ Pour qu'une servitude soit continue, il suffit qu'elle puisse s'exercer par elle-même sans le fait du possesseur de l'héritage dominant, une fois les choses placées dans l'état nécessaire à l'exercice de la servitude. Une servitude de prise d'eau, par exemple,

« être continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme pour « être exercées; tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et « autres de cette espèce (688), les prohibitions de bâtir ou de ne « bâtir qu'à une hauteur déterminée.

« Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait « actuel de l'homme pour être exercées; tels sont les droits de pas- « sage, de puisage, pacage, et autres semblables (688).

« Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des « ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc.

« Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de « signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohi- « bition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déter- « minée (689). »

Nous verrons dans la suite les différences qui existent entre les servitudes continues ou discontinues, apparentes ou non apparentes, relativement à la manière de les acquérir ou de les perdre.

598. On divise encore les servitudes en affirmatives et négatives.

A proprement parler, toutes les servitudes sont négatives, en les considérant relativement au propriétaire du fonds servant, puisqu'elles n'obligent jamais ce propriétaire à rien faire.

Mais en les considérant relativement à leur objet, on appelle négatives les servitudes qui obligent seulement le propriétaire de l'héritage servant à n'y point faire certains actes de propriété;

Et affirmatives, celles qui obligent le propriétaire à laisser faire quelque chose sur son fonds

## SECTION III.

*Comment s'établissent les servitudes.*

SOMMAIRE.

599. Toutes terres sont présumées libres.
600. Division de la section.

599. Toutes les terres sont présumées libres, si l'on ne prouve pas qu'elles sont grevées de quelques servitudes (1).

600. Les servitudes s'établissent par la loi ou par le fait de l'homme. Nous avons parlé des servitudes légales dans les 1er et 2e chap., que nous avons réunis; il nous reste à parler des secondes.

---

est continue, quoique l'exercice en soit de temps à autre interrompu par la fermeture d'une écluse. Pardessus, no 28; Duranton, tome 5, no 492; Pau, 11 juin 1834; Sirey, 35, 2, 202; Dalloz, 35, 2, 83 ].

(1) Loi du 6 octobre 1791, sur les *usages ruraux*, art. 1; Alciat, *de Præsump.*, reg. 21, cap. 3.

Elles s'établissent : 1° par titres; 2° par la destination du père de famille, qui vaut titre; 3° par la prescription

## § I.

### De l'établissement des servitudes par titres.

SOMMAIRE.

601. On peut en établir par toute espèce de titre habile à transférer la propriété, par actes entre vifs ou testamentaires.
602. On peut en établir purement et simplement, pour un temps limité ou sans condition.
603. Comment le titre constitutif peut être remplacé.
604. Des énonciations insérées dans un jugement d'adjudication.

601. Les servitudes peuvent être établies par toute espèce de titre habile à transférer la propriété, soit par un acte testamentaire, soit par un acte entre vifs, tel qu'une vente, une donation (*a*), un échange, une transaction, ou par tout autre acte émané des propriétaires du fonds asservi.

On peut établir des servitudes, et on en établit souvent par les partages d'une succession ou d'autres biens indivis, dans lesquels on stipule des droits de vue, de passage, etc., au profit de l'un des héritages, de l'une des maisons partagées. On peut ou conserver l'ancien état des choses, ou le changer.

Dans tous ces actes, il importe de bien désigner le fonds auquel la servitude est imposée, et l'espèce de servitude, afin de prévenir les contestations trop fréquentes en cette matière.

602. C'est le titre qui règle l'usage, l'étendue (686), et même la durée des servitudes, ainsi que le temps où elles doivent commencer; car on peut établir une servitude ou purement ou simplement, et alors elle est perpétuelle, ou ne l'établir que pour un temps, après lequel elle doit cesser, *ad tempus*; ou pour ne commencer qu'à une certaine époque *ex tempore*, ou enfin sous une certaine condition (1).

603. Le titre constitutif de la servitude ne peut être remplacé que par un titre recognitif émané du propriétaire du fonds asservi (695),

(*a*) L'art. 2118 ne comptant pas les servitudes dans la classe des droits susceptibles d'hypothèque, et l'art. 939 n'exigeant la transcription que pour les donations d'immeubles corporels ou de droits réels immobiliers susceptibles d'hypothèque, on peut conclure de ces deux articles que la transcription des actes contenant constitution de servitudes n'est pas exigée pour rendre efficaces à l'égard des tiers les servtiudes consenties à titre gratuit. *Sic* Zachariæ, tome 2, § 250. — (1) Leg. 4, *ff. de Servit.*; Domat, liv. 1, tit. 12, sect. 1, § 8, à la note; Dumoulin, *de Divid. et individ.*, 3e part, n° 313. Wolf, 5e part., § 1273, *in notâ*, et §§ 1393 et 1394. — [ Comp. Cass., 7 février 1825; Sirey, 25, 1, 213. ]

et non par des actes énonciatifs passés entre des tiers; par exemple, des contrats de vente, des partages, etc. (1), dans lesquels il serait dit qu'un fonds a des droits de servitude sur l'héritage d'un tiers. Ces actes sont sans force contre les tiers qui n'étaient point parties et qui ne les ont pas souscrits. La possession conforme à ces énonciations ne pourrait opérer la prescription qu'à l'égard des servitudes qui sont prescriptibles sans titre.

Il est évident qu'un jugement qui aurait acquis l'autorité de la chose jugée, pourrait remplacer le titre de la servitude (2).

Les jugemens qui règlent les conditions d'une licitation ou d'un partage, peuvent aussi établir des servitudes.

604. Les énonciations d'un droit de servitude, insérées dans les jugemens rendus sur les expropriations forcées, ne suffiraient pas pour constituer une servitude au préjudice d'un tiers qui n'y aurait point été appelé. L'adjudication ne peut transmettre à l'acquéreur des droits plus étendus que ceux qui appartenaient au saisi.

---

## § II.

### De la destination du père de famille.

SOMMAIRE

605. Ce que c'est, et comment on la connaît.
606. Elle résulte de l'état des deux héritages, tel qu'il était lorsqu'ils étaient possédés par le même propriétaire.
607. Diversité de l'ancienne jurisprudence à ce sujet.
608. Disposition du Code sur la destination du père de famille.
609. Il faut prouver que les deux héritages ont appartenu au même propriétaire.
610. On peut le prouver par témoins.
611. Et par tous les genres de preuves.
612. Elle peut être invoquée même contre le propriétaire.
613. Peut-on l'invoquer contre lui-même, à l'égard des servitudes discontinues, mais apparentes? (Art. 694.)
614. Motifs de la différence établie entre les servitudes continues et apparentes, et les autres, en ce qui concerne la destination du père de famille.

---

(1) Quand même ces actes seraient anciens, on ne peut appliquer aux servitudes discontinues la règle *enunciativa verba probant in antiquis*, tome 8, n° 165. — [ Sic Bordeaux, 28 mai 1831; Sirey, 31, 2, 554; Pardessus, tome 2, n° 268 Pour que le titre recognitif d'une servitude puisse remplacer le titre constitutif, il n'est pas nécessaire que la teneur de ce titre y soit relatée comme l'exige l'art. 1337, Cod. civ., pour les conventions en général; cet article n'est point applicable aux servitudes : la règle en cette matière se trouve exclusivement dans l'art. 695. Rej., 16 novembre 1829; Sirey, 20, 1, 408; Dalloz, 27, 1, 408. Rej., 2 mars 1836, Sirey, 36. 1, 247; Dalloz, 36, 1, 149; Pardessus, tome 2, n° 269. ]

— 2, *Observations de la Cour de cassation* sur le projet de Code.

615. La destination du père de famille ne produit son effet qu'à l'égard des destinations qui ont le caractère de la perpétuité.

605. Les services qu'un héritage tire de l'autre, lorsque tous les deux appartiennent au même propriétaire, ne sont point des servitudes; ce n'est que le libre usage du droit de propriété : *Nemini res sua servit jure servitutis.* Mais si les deux héritages (*a*) viennent à appartenir à différens propriétaires, sans que, lors de la séparation des propriétés, il ait été rien stipulé de relatif à ces services, ils continuent de subsister; ils se changent en véritables servitudes, en vertu de la destination du père de famille, qui vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes (692).

On connaît cette destination par la disposition et les arrangemens que le propriétaire a faits dans ses maisons ou autres héritages, soit pour son utilité, soit pour satisfaire sa fantaisie et ses goûts.

Par exemple, en bâtissant deux maisons voisines, où, depuis qu'il en est devenu propriétaire, il y fait percer des jours, ouvrir des portes, de manière que l'une a sur l'autre, ou réciproquement toutes les deux, des vues, des passages, etc., il établit un aqueduc pour conduire l'eau d'un étang ou d'une fontaine qui lui appartient, dans une prairie qu'il veut arroser;

Ou bien enfin, après avoir acquis successivement deux maisons ou deux héritages chargés les uns envers les autres de servitudes qui s'éteignent par la confusion, suivant la règle *nemini res sua servit*, consacrée par l'art. 705, il laisse, pour sa commodité ou pour l'utilité de ses héritages, subsister les choses dans leur ancien état (*b*).

606. C'est de cet ancien état, tel qu'il existait pendant que les deux héritages étaient réunis dans la même main, que résulte la destination du père de famille, parce que cet état manifeste sa volonté.

607. Les principes de l'ancienne jurisprudence française n'étaient point uniformes relativement à la destination du père de famille. Les art. 215 et 216 ajoutés à la Coutume de Paris, lors de la dernière réformation en 1580, n'accordaient point à cette destination la force d'établir une servitude, à moins qu'elle ne fût ou qu'elle n'eût été par écrit. Plusieurs coutumes avaient des dispositions semblables.

---

(*a*) Il en serait de même dans le cas, où le propriétaire d'un héritage qui n'aurait pas été antérieurement divisé entre plusieurs personnes établirait sur une partie de cet héritage une charge au profit d'une autre partie de ce même héritage. Cass., 13 juin 1814; Sirey, 14, 1, 153; Rej., 26 avril 1837; Sirey, 37, 1, 916; Journ. du Palais, tome 1, 1837, 304; *idem* 21 février 1840; Devill., 40, 1, 97; Journ. du Palais, tome 1, 1840, page 743. *V* toutefois rej., 10 mai 1825; Sirey, 26, 1, 235. — (*b*) *V.* ci-après la note du n° 609.

Mais suivant le droit commun (1) des autres coutumes, et suivant l'usage de Bretagne, la destination du père de famille équivalait au titre constitutif de la servitude. On y faisait cependant des distinctions à l'égard de certaines servitudes, telles, par exemple, que le droit de passage (2), qui est une servitude discontinue.

608. Le Code civil a fixé les principes, et les a rendus uniformes, en appliquant à la destination du père de famille la distinction qu'il a établie pour la prescription. La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes qui peuvent s'acquérir par la prescription, telles que les vues (3), les conduites d'eau, les égouts.

Mais elle ne peut dispenser de représenter le titre constitutif, ni des servitudes discontinues, telles que les droits de passage, puisage, pacage, etc., quand même elles seraient apparentes, et qu'elles s'annonceraient par des ouvrages extérieurs, comme une porte; ni des servitudes continues, mais non apparentes, telles que la prohibition de bâtir ou de ne bâtir qu'à une certaine hauteur, *luminibus non officiendi, altius non tollendi* (692—695).

609. On ne peut invoquer la destination du père de famille, qu'en prouvant que les deux héritages actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises ou laissées dans l'état duquel résulte la servitude (693).

Nous disons ou *laissées*, parce que l'expression *mises*, employée par l'art. 693, doit être prise dans un sens étendu. Le père de famille est censé avoir mis les choses dans cet état, lorsque, pouvant le changer il ne l'a pas fait (*a*).

610. Il y a deux choses à prouver, suivant l'article 693, pour établir la destination du père de famille :

---

(1) *V.* Lalaure, pages 254 et 255; le *Nouveau Répertoire*, v° Servitude, §§ 17 et 18. — (2) Duparc-Poullain. *Principes du droit français*, tome 3, page 302 et 305, *in fine*. — (3) Mais le droit de vue résultant de la seule destination du père de famille n'interdit pas au propriétaire du fonds servant la faculté de bâtir à 6 pieds de distance. *Vid. suprà*, n° 534, *in fine*. — (*a*) Cette interprétation ne me paraît pas exacte. L'art. 693 est conçu en termes restrictifs : « Il n'y a, dit-il, destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire *et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude.* » Comme on le voit, la loi exige d'une manière précise que l'état des choses duquel résulte la servitude ait été établi par le propriétaire qui a réuni les deux héritages et à l'époque de cette réunion. On ne peut donc l'étendre au cas où cet état de choses a existé antérieurement. D'ailleurs, si le mot *mises* devait être pris dans le sens extensif que lui donne notre auteur, il en résulterait que l'art. 694 qui, selon lui, ne concerne que les servitudes à la fois continues et apparentes, serait tout à fait inutile. Comp. toutefois Bordeaux, 21 février 1826; Sirey, 26, 2, 275.

1° Que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire;

2° Que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude.

Mais comment ces deux choses doivent-elles être prouvées? Dans la *Coutume d'Orléans* (1), littéralement conforme à celle de Paris, où la destination du père de famille vaut titre quand elle est *par écrit*, et non autrement, Pothier (2) dit que le sens de ces mots *par écrit*, « est que celui qui prétend un droit de servitude sur la maison voi- « sine, en conséquence d'une destination du père de famille, doit, si « le voisin disconvient de cette destination, en avoir la preuve *par « écrit*, et il n'est pas admis *à la preuve testimoniale*.

« Par exemple, ajoute cet auteur, s'il s'agit d'un droit de servitude « de vue ou d'égout, il doit avoir la preuve littérale que la fenêtre et « l'égout appartenaient au même maître. »

Mais le Code a rejeté la disposition de la Coutume de Paris, qui exigeait que la destination du père de famille eût été *par écrit*. Il *n'exige pas que la destination soit prouvée par écrit* (3) : il suffit, dit l'article 693, qu'il soit *prouvé*, 1° que les deux fonds ont appartenu au même propriétaire; 2° que c'est lui qui les a mis dans l'état duquel résulte la servitude; mais il ne dit pas que cette preuve doit être faite par écrit. Ce sont, dit M. Maleville, des faits qui peuvent être prouvés par témoins à défaut de titre; et certainement, ajoute-t-il, si les rédacteurs avaient pensé qu'ils ne peuvent être établis que par écrit, ils n'auraient pas manqué de le dire, ayant sous les yeux la Coutume de Paris, qui le porte formellement.

Cependant, M. Pardessus (4) distingue. Il reconnaît qu'on peut prouver par témoins que c'est le père de famille qui a mis les fonds dans l'état d'où résulte la servitude; il pense même, avec raison, qu'une fois qu'il est prouvé que les fonds ont appartenu au même

(1) Art. 227 et 228. — (2) Note 2 sur l'art. 227. — (3) Discours du tribun Albisson, page 137, édition de Didot. — (4) *Traité des servitudes*, 1re édition, n° 394, page 405. Dans sa 4e édition, page 493, ce savant professeur convient qu'on peut prouver que les deux fonds ont appartenu au même propriétaire, par la preuve testimoniale, *précédée d'un commencement de preuve par écrit*. C'est uniquement sur ce dernier point que nous ne sommes pas d'accord. Je ne crois point nécessaire ce commencement de preuve par écrit : j'ai dit les raisons de mon opinion. Il ajoute qu'on peut prouver que c'est le père de famille qui a mis les choses dans l'état duquel on veut faire résulter une servitude; mais qu'il n'est pas douteux que la preuve contraire pourrait être admise; je le crois comme lui; je n'ai jamais dit ni pensé le contraire. Cependant une note, marquée par une astérisque, et mise au bas de la page 494, porte : *Ce sentiment n'est pas partagé par M. Toullier*, etc C'est une faute purement typographique, qui vient du lieu où l'on a placé la note.

propriétaire, on doit, jusqu'à la preuve du contraire, présumer que l'état des lieux existait tel dès le temps de la réunion des héritages dans la même main (*a*).

Mais il prétend qu'on ne peut pas prouver par témoins que les deux fonds ont appartenu au même propriétaire.

L'opinion d'un jurisconsulte aussi éminent mérite d'être pesée attentivement : voyons ses raisons.

C'est parce que, dit-il, *cette chose est par sa nature susceptible d'être prouvée par écrit.*

Oui, sans doute, elle est susceptible de l'être ; mais il ne s'ensuit pas de là qu'elle ne puisse point aussi être prouvée par témoins, si le Code ne le défend pas.

« De quelque manière, ajoute l'auteur, que le père de famille ait « obtenu la propriété de ces deux objets, elle a dû nécessairement « entrer dans ses mains par une convention, soit acquisition, soit do- « nation, soit succession, etc., quand même, ce qui est extrêmement « rare, il n'existerait aucun titre de cette espèce : l'acte qui aurait « fait sortir de ses mains l'un ou l'autre objet doit y suppléer ; par « exemple, s'il s'agissait de deux maisons bâties par un même in- « dividu, sur un terrain qu'il aurait acquis par prescription, l'une « de ces deux maisons, et les deux même, n'ont pu sortir de ses « mains sans que cette transmission ait été ou ait dû être établie par « écrit ; s'il vend, s'il donne, s'il lègue, si ses héritiers lui succèdent, « aucune de ces mutations n'est de nature à être justifiée par une « preuve testimoniale. »

Non, sans doute, lorsqu'il s'agit d'opposer cette mutation au propriétaire, mais ce n'est pas ce dont il s'agit ici : il s'agit uniquement du fait de savoir si les deux maisons ont été réunies dans les mains d'un seul propriétaire. Ce n'est pas la convention ou le titre qui a opéré leur réunion sur une seule tête qu'il s'agit de prouver, mais le fait de la possession simultanée de ces deux maisons par le même propriétaire, quel qu'ait été le principe ou la cause de cette réunion. Or, cette possession est un fait qui, de sa nature, est susceptible d'être prouvé par témoins. Des témoins peuvent avoir vu l'ancien propriétaire habiter les deux maisons avec sa famille, y travailler

---

(*a*) L'art. 693 n'autorise nullement cette présomption. Il dit au contraire : que celui qui se prévaut de la destination du père de famille doit prouver 1° que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire ; 2° que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude. Il est évident que ce sont là deux points tout à fait distincts et que la preuve du premier n'implique nullement celle du second.

aux ouvrages mêmes qui ont mis les deux maisons dans un état de servitude.

Pourquoi donc ces faits ne pourraient-ils pas être prouvés par témoins (1), puisque le Code ne le défend pas, puisqu'il a rejeté la disposition de la Coutume de Paris, qui exigeait qu'ils fussent prouvés par écrit?

L'auteur convient qu'on peut prouver par témoins que c'est le père de famille qui a mis les choses dans l'état duquel résulte la servitude. Or, cette preuve entraîne le plus souvent celle que le même individu possédait en même temps les deux maisons, puisqu'il faisait des changemens et des ouvrages qu'un propriétaire seul peut faire. Comment diviser la preuve qui résulte de la déposition des témoins? Nous pensons donc qu'il ne faut pas admettre la distinction proposée; aussi l'auteur ne la propose-t-il qu'avec défiance, en regrettant que la discussion de la loi au Conseil d'état, et les discours qui l'ont précédée ne lui offrent aucune autorité pour se déterminer.

Si ces discours et cette discussion n'offrent aucune autorité pour établir cette distinction; c'est qu'elle n'est ni dans l'esprit ni dans le texte de la loi. Les orateurs qui l'ont développée ont donc dû se borner à dire, comme le tribun Albisson : *Le Code n'exige pas que la destination du père de famille soit prouvée par écrit* (*a*).

611. Comment donc la prouver? Par tous les genres de preuves admis par la loi. Il semble même qu'on pourrait admettre, suivant les circonstances, la présomption dont parle d'Argentré (2). Dans l'espèce d'une possession ancienne dont le titre ne paraît pas, la parenté, reconnue entre les deux propriétaires pourrait peut-être, suivant les circonstances, faire présumer que les biens ont été partagés par leurs auteurs, et que la servitude dont l'un jouit est un effet de l'ancien état des lieux avant le partage.

Mais il faudrait que l'ancien état des lieux n'eût pas été changé.

---

1) Si l'on rejetait cette preuve, il en résulterait souvent des injustices. Exemple : Je légue à Titius une maison, sans dire qu'elle est voisine ou contiguë d'une autre que je possède. Il recueille mon legs sans obstacle, et mes héritiers, peu de temps après, vendent l'autre maison, sans dire qu'elle leur vient de ma succession; il est dit seulement qu'elle est voisine de la maison de Titius. Après quelques années, l'acquéreur prétend obliger Titius à supprimer des fenêtres que j'avais ouvertes, parce qu'elles ne se trouvent pas dans la distance requise par l'art. 678. Titius oppose la destination du père de famille, mais il ne peut la prouver par écrit, parce que ni son titre, ni celui de son adversaire, ne prouvent que j'ai possédé en même temps les deux maisons, quoique ce fait soit notoire et même assez peu éloigné. — (*a*) *Sic* Duranton, tome 5, n° 574; Zachariæ, tome 2, § 252. — (2) Sur l'article 369 de la *Coutume de Bretagne*: *Probatâ consanguinitate, res de consortio præsumitur*

Au reste, d'après les sages dispositions du Code, il arrivera rarement qu'on soit obligé de recourir à la preuve testimoniale ou aux présomptions pour établir la destination du père de famille ; car elle ne remplace le titre qu'à l'égard des servitudes continues et apparentes, prescriptibles par la possession de trente ans; après ce laps de temps écoulé, il ne sera plus besoin d'invoquer la destination du père de famille.

612. Ce n'est pas seulement contre les héritiers ou ayant-cause du propriétaire, mais contre le propriétaire lui-même, qu'elle a la force de titre.

« Si le propriétaire de deux héritages, entre lesquels il existe un « signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans « que le contrat contienne aucune convention relative à la servi- « tude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur « du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné (694), » soit que les signes de servitude existassent avant la réunion des deux héritages dans la main du même propriétaire, soit qu'il les eût établis depuis cette réunion.

Dans le droit romain, au contraire, le propriétaire qui vendait l'un de ses héritages devait, par le contrat, réserver les servitudes qu'il voulait conserver sur le fonds vendu (1).

613. On a remarqué (2) que l'art. 694, en parlant d'un signe apparent de servitude, n'a point ajouté comme l'art. 692, d'une servitude apparente et *continue*. On en a conclu qu'il y a une différence entre ces deux articles ; que le premier ne porte que sur les servitudes continues et apparentes, et que le second comprend toutes les servitudes apparentes, continues ou non : cette interprétation peut souffrir de grandes difficultés. Le Code contient trois articles (3) relatifs à la destination du père de famille. Le premier, qui est l'art. 692, pose en principe général qu'elle ne vaut titre qu'à l'égard des servitudes *continues* et *apparentes*. Ce principe doit donc s'appliquer aux deux articles suivans, qui ne sont que la suite et le développement du premier, et dans lesquels, par conséquent, se trouve sous-entendue la condition nécessaire pour appliquer la destination du père de famille, c'est-à-dire qu'elle ne vaut titre qu'à l'égard des servitudes *apparentes* et *continues*.

Si l'on voulait étendre la disposition de l'art. 694 aux servitudes apparentes non continues, il en résulterait des conséquences qu'on

(1) Loi 10, *ff. Comm. præd.*, 8, 14. — [Comp. ci-après mes observations sur l'article 694.] — (2) M. Pardessus, *Traité des servitudes*, page 411. n° 397; le *Nouveau Répertoire*, v° Servitude, § 19, n° 2. — (3) *V.* le *Nouveau Répertoire*, *ubi suprà*.

n'a peut-être pas assez senties, qui anéantiraient, pour ainsi dire, la règle générale, et qui seraient contraires à l'équité.

L'art. 694 se sert du mot *dispose*, qui comprend toutes les manières dont un propriétaire peut transférer la propriété d'un des héritages qu'il possède, soit par vente, échange, transaction, donation ou testament. A quels cas pourrait donc s'appliquer la règle de l'article 692? On n'en voit guère d'autre que celui d'un partage. Ainsi, il se trouverait que l'exception serait plus étendue que la règle, tandis que rien n'annonce que le législateur ait voulu faire une exception dans l'art. 694, qui n'est, au contraire, comme l'observe très judicieusement M. Maleville, que le développement de l'art. 692.

D'un autre côté, le droit de passage par la cour, par la maison ou par le jardin du voisin, est une servitude discontinue, mais qui peut avoir un signe apparent, lorsqu'il existe une porte pratiquée uniquement pour exercer le droit. Il en est de même du droit de puisage, lorsqu'il y a une porte pour arriver aux puits.

Supposons qu'un propriétaire occupe ses deux maisons ouvrant sur deux rues différentes, mais s'entrejoignant par les derrières, il perce des portes, ou il établit une galerie de communication au moyen desquelles on peut entrer et sortir dans chacune des deux maisons par deux rues différentes, ce qui est d'une utilité ou d'une commodité extrêmes; la succession de ce propriétaire est partagée entre deux héritiers qui ont chacun l'une des maisons dans leur lotie, sans que, dans l'acte de partage, on ait rien stipulé de relatif aux servitudes.

La destination du père de famille transforme, au moment de leur séparation, tous les services d'une maison sur l'autre en véritables servitudes, mais à l'égard seulement des servitudes continues et apparentes (art. 692).

Ainsi, les vues, les égouts, etc., continueront de subsister; *mais il serait absurde*, dit un auteur judicieux (1), de supposer que, sans une convention expresse, on eût voulu, en divisant les biens, conserver les différens passages dont le père de famille usait pour son utilité ou son agrément, pendant qu'il possédait les deux maisons; on ne doit conserver que les passages essentiellement nécessaires.

Ce qui paraît une absurdité dans le cas de séparation des deux maisons par un partage, deviendrait-il raisonnable dans le cas de séparation par vente, par l'effet d'une donation ou d'un legs? Pourrait-on présumer que le vendeur et le donateur, parce qu'ils ont oublié de manifester une volonté contraire, ont voulu conserver au donataire ou à l'acquéreur le droit d'exercer des passages qui ne sont pas né-

(1) Duparc-Poullain, *Principes du droit français*, tome 9, page 303.

cessaires à leur jouissance, et qui sont extrêmement onéreux pour la maison conservée? Il est peut-être difficile de le croire.

Cependant on peut dire, surtout en faveur de celui qui acquiert du père de famille, que ce dernier est en faute de ne s'être pas expliqué plus clairement (1602); qu'il doit livrer la chose en l'état où elle se trouve au moment de la vente (1614), avec toutes ses commodités, tous ses accessoires, tout ce qui est destiné à son usage perpétuel (1615); et ces raisons, jointes à la conséquence qu'on tire de la différente rédaction des art. 692 et 694, peuvent l'emporter, et faire considérer ce dernier comme une exception. Il faut attendre que la jurisprudence ait fixé le véritable sens de cet article (*a*).

614. L'effet que la loi donne à cette destination de créer des servitudes au moment de la séparation des deux héritages est fondé sur la présomption d'une convention tacite de laisser les choses dans le même état; car le défaut de stipulation, pour le changer au moment où les parties le pouvaient et le devaient faire, suppose nécessairement l'intention de le conserver.

Mais cette convention présumée ne doit s'étendre qu'aux servitudes qui sont une conséquence nécessaire de la conservation des choses dans le même état; telles sont les fenêtres, les gouttières, etc., qui ne peuvent subsister sans la création des servitudes de vues, d'égout, etc.

Il n'en est pas ainsi d'un passage. La porte établie originairement pour le pratiquer peut rester fermée, lorsqu'il existe par ailleurs un autre passage qui rend le premier surabondant. Le propriétaire de la maison aliénée peut, lorsqu'elle a d'autres issues, jouir de cette mai-

---

(*a*) La Jurisprudence paraît aujourd'hui se fixer en ce sens que l'art. 694 est applicable aux servitudes discontinues, comme aux servitudes continues. *V.* Toulouse, 21 juillet 1836, Sirey, 37, 2, 155; Journ. du Palais, tome 1, 1837, page 92; Caen, 15 novembre, 1836, Sirey, 37, 2, 187; Journ. du Palais, tome 1, 1837, page 583. Rej., 26 avril 1837, Sirey, 37, 1, 916, Journ. du Palais, tome 1, 1837, page 304; Douai, 1er juillet 1837; Sirey, 38, 2, 22, Journ. du Palais, tome 1er, 1838, page 185. Rej., 24 février 1840, Devilleneuve, 40, 1, 97, Palais, tome 2, 1840, page 743. Rej., 8 juin 1842, Palais, tome 1, 1842, page 766; Bordeaux, 6 avril 1842, Palais, tome 2, 1842, page 104. Je crois également que dans l'hypothèse sur laquelle statue l'art. 694, il n'est pas nécessaire que les servitudes soient à la fois apparentes et continues. Cet article n'est point, en effet, comme l'a pensé M. Toullier, une conséquence des deux dispositions qui précèdent. Il est tout à fait étranger à la destination du père de famille. Le rapport du tribun Albisson lève à cet égard tous les doutes. Au reste, les controverses qui se sont élevées sur cet article tiennent à un défaut de méthode. Elles n'auraient jamais eu lieu s'il eût été placé à la suite de l'art. 705, dont il forme une dépendance. *V.* dans le sens de cette opinion, Zachariæ, tome 2, § 255, note 5, Lyon, 11 juin 1831. Sirey, 32, 2, 123. Les observations de M. le conseiller Troplong, lors de l'arrêt de rejet du 24 février 1840. Comp. toutefois rej., 28 juin 1842.

soit, sans passer par l'allée, par la cour ou par le jardin de l'autre maison ; au contraire, pour jouir dans l'état actuel des choses, la conservation des vues et des gouttières est absolument nécessaire. Tels sont les motifs de la différence établie par le Code, entre les servitudes apparentes et continues, et les servitudes apparentes, mais non continues, relativement à l'effet de la destination du père de famille. Cet effet ne doit point s'étendre aux servitudes de passage, si ce n'est lorsqu'il est nécessaire pour la jouissance, précisément comme un étranger pourrait l'exiger, s'il avait ses terres enclavées dans celles de ses voisins, à la seule différence que l'étranger est obligé de payer une indemnité; ce que n'est point obligé de faire le consort qui a partagé (1), parce qu'il y a nécessairement dans tous les partages la convention tacite dictée par l'équité, que chacun aura une libre jouissance de sa portion (*a*).

Il en est de même de l'acquéreur, du donataire et du légataire. En donnant, en vendant, le donateur et le vendeur ont implicitement concédé le droit de passer, pour jouir du bien donné ou vendu.

615. Observons, au reste, que l'effet et la force de la destination du père de famille pour établir des servitudes, ne peuvent s'appliquer qu'aux destinations qui ont le caractère de la perpétuité, soit qu'elles aient pour objet l'utilité ou le simple agrément, et non pas aux destinations qui n'auraient pour objet qu'une commodité passagère ou momentanée. Ce principe, fondé sur l'équité, peut servir à résoudre bien des difficultés.

## § III.

### De la prescription.

SOMMAIRE.

616. Difficulté de cette matière dans le droit romain.
617. Diversité des anciennes coutumes de France.
618. Division du paragraphe.

616. La prescription des servitudes est, dans le droit romain, une matière très compliquée par les variations que cette législation (2) a éprouvées. Cette étude, devenue aujourd'hui de pure érudition, n'est plus utile que dans les points où elle sert à développer

(1) Dupare-Poullain, *ubi suprà*. — (*a*) Dans cette hypothèse, il n'y a point destination du père de famille. Le droit de passage est réclamé en vertu des art. 682 et suiv.—(2) On peut voir sur cela le *Traité* de Lalaure, sur les servitudes. On a beaucoup critiqué cet ouvrage, dont néanmoins ont beaucoup profité tous ceux qui ont écrit depuis qu'il a paru. On peut voir encore l'article *servitude*, dans le *Répertoire*, §§ 20 et suiv. Cet article est fait avec beaucoup de soin. *V.* aussi Davezan, *de Servit., in* Meerman, *Thesaur.*, tome 4, page 210.

les principes qu'y a puisés le Code civil, et en ce qu'on y rencontre souvent des traits de lumière et d'équité naturelle, qui servent de guide dans la solution de plusieurs questions difficiles ; car la raison acquiert un nouveau degré de force par l'autorité.

Il y a des esprits timides et paresseux que les raisonnemens les plus timides ne font qu'ébranler, et qui se laissent entraîner et subjuguer par une autorité, en voyant qu'on raisonnait autrefois comme on raisonne encore aujourd'hui. Le raisonnement des morts leur paraît dégagé des préventions que nous prêtons souvent avec trop de facilité à celui des vivans.

617. Nos anciennes coutumes de France avaient, relativement à la prescription des servitudes, des dispositions très différentes (1) et tout à fait opposées.

Les unes rejetaient toutes espèces de servitudes sans titres;

D'autres admettaient la prescription pour toutes sortes de servitudes;

D'autres, enfin, ne l'admettaient que pour certaines espèces.

Le Code civil a fait disparaître toutes ces différences et toutes ces oppositions, en établissant pour tout le royaume des principes uniformes que nous allons expliquer.

618. Nous verrons : 1° quelle espèce de prescription est admise à l'égard des servitudes ; 2° quand commence à courir la prescription ; 3° en quoi consiste la possession des servitudes ; 4° par quels actes elle commence et comment elle se continue.

---

ART. 1.

*Quelle espèce de prescription est admise pour les servitudes dans les principes du Code civil.*

SOMMAIRE.

619. Le Code, au liv. 3, tit. 20, admet deux sortes de prescriptions.
620. Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par la prescription de trente ans.
621. Les autres ne peuvent s'établir que par titres, et pourquoi.
622. *Quid* des servitudes qui s'annoncent par des ouvrages édifiés et incorporés dans l'héritage voisin?
623. Du droit de passage, de puisage, etc., qui s'annoncerait par un pont ou autre ouvrage incorporé.
624. La possession immémoriale ne suffit pas pour acquérir les servitudes discontinues, etc.
625. Si ce n'est pour celles acquises avant la promulgation du Code.
626. La possession antérieure au Code, dans les pays où les servitudes s'acquéraient par prescription, est devenue inutile par la promulgation du Code, lorsque la prescription n'était pas encore acquise.

---

(1) Lalaure et le *Répertoire de jurisprudence, ubi suprà* §§ 23 et suiv

627. La possession immémoriale pourra un jour faire présumer des servitudes acquises avant la promulgation du Code.
628. Ce que c'est que cette possession, et comment elle se prouve.
629. Le titre émané *à non domino*, rend prescriptible les servitudes discontinues;
630. Mais il faut la possession de trente ans, seule admise en matière de servitude.
631. Ce qu'on entend par titre coloré.

619. La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps (2219).

Le Code admet, au liv. 3, tit. 20, deux sortes de prescriptions.

L'une qui n'exige ni titre ni bonne foi, et qui s'opère par la possession trentenaire (2262), paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire (2229).

L'autre qui exige titre et bonne foi, et qui s'opère par la possession de dix ans entre présens, ou de vingt ans entre absens, en vertu d'un titre légal, habile à transférer la propriété, émané du possesseur qu'on croyait légitime propriétaire de la chose.

620. « Les servitudes *continues et apparentes* s'acquièrent par titre *et par la possession de trente ans* (690). »

621. Quant aux servitudes *continues non apparentes*, telles que la prohibition de bâtir ou de ne bâtir qu'à une certaine hauteur; et autres servitudes *discontinues, apparentes ou non apparentes*, elles ne peuvent *s'établir* que par titre (691).

La possession de ces espèces de servitudes est toujours équivoque lorsqu'elle n'est pas fondée sur un titre. C'est une vérité d'observation, reconnue même dans les pays où, comme en Bretagne, toutes les servitudes s'acquéraient par la prescription, sans distinction des continues et des discontinues. Ainsi, on jugeait en Bretagne que l'usage ancien et reconnu d'abreuver les bestiaux dans un étang, *pecoris ad aquam appulsus*, d'y laver la lessive, d'y rouir les chanvres et les lins, de puiser de l'eau à un puits, était précaire et de simple tolérance ou familiarité : on l'avait même jugé dans une espèce où il y avait une porte de communication qui paraissait destinée au passage pour aller au puits.

Si de pareils services, si de pareils actes possessoires n'étaient pas réputés précaires, on se trouverait obligé de gêner ses voisins, et de leur refuser les commodités qu'exigent le bon voisinage et l'humanité, dans la crainte que la complaisance dont on aurait usé ne dégénérât en servitude.

Cependant, par une contradiction sensible, on jugeait que la servitude de passage, quoique la possession n'en soit pas moins équivoque que celle du droit de puisage, pouvait s'acquérir par pres-

cription, quoiqu'on eût par ailleurs un passage aussi court et aussi commode (1), et quoiqu'elle ne s'annonçât par aucun signe apparent.

Les rédacteurs du Code ont été plus conséquens : ils ont considéré les actes qui semblent annoncer une servitude discontinue comme de simple tolérance, lorsqu'il n'existe pas de titre qui en détermine la nature. Ils n'ont fait aucune exception en faveur des servitudes discontinues apparentes, parce que l'induction qu'on voudrait tirer des ouvrages qui sembleraient caractériser un droit de servitude discontinue, a toujours quelque chose d'équivoque, lorsqu'il n'existe point de titre.

622. Mais ne faut-il pas faire une exception, lorsque ces servitudes s'annoncent par des ouvrages extérieurs, établis ou édifiés sur l'héritage voisin, auquel ils se trouvent incorporés?

Cette exception était admise par l'ancienne jurisprudence, dans les coutumes qui, comme celle de Paris, portaient que les servitudes ne pouvaient s'acquérir sans titre par longue jouissance, même de cent ans. L'oracle du droit coutumier, Dumoulin, proposa le premier cette exception dans sa note sur l'art. 230 de la *Coutume de Blois*, qui porte que les vues et égouts ne peuvent s'acquérir par quelque temps que ce soit. Dumoulin ajoute : *Intellige de simplici stillicidio in aream... secùs de incorporato et inædificato visibiliter, vel quiescente super fundo vicini.*

Cette opinion, adoptée par Coquille (2), par Chopin (3), et par les auteurs qui les ont suivis, fut consacrée par la jurisprudence des arrêts (4), et finit par devenir une maxime constante au barreau. « Quoique les servitudes ne puissent s'acquérir sans titre, dit Bour-« jon (5), néanmoins, s'il y a incorporation, inédification dans l'héri-« tage voisin, la possession de trente ans... vaut titre; c'est excep-« tion à la règle, fondée sur ce qu'en ce cas, c'est plus *propriété* « que *servitude.* »

C'est le motif sur lequel les auteurs fondaient une exception qui n'existait point dans la loi, parce que la loi ne peut prévoir tous les cas ni décider ce qui est plutôt propriété que servitude. Des ouvrages

(1) Duparc-Poullain, *Principes du droit*, t. 3, p. 296, et t. 6, p. 322 et 323. — 2 Sur l'art. 2, chap. 10, de la *Coutume de Nivernois*. « Il semble, dit-il, qu'il « faudrait excepter si celui qui fait égoutter ses eaux avait fait quelque struc-« ture destinée expressément pour les faire ainsi fluer, laquelle structure fût in-« corporée en l'héritage du voisin, ou reposât et portât sur icelui; car en tel cas, « il n'y a pas simple souffrance, mais y a œuvre pour entreprendre sur autrui, « qui est acte de vraie possession et saisine. »— (3) Sur l'art. 186 de la *Coutume de Paris*, V. aussi Ferrière, sur cet article, gloss. 1, n° 10, et Lalaure, *Traité des servitudes*, page 170.— (4) V. Brodeau, sur Louet, lettre S, sect. 1, n° 5.— (5) *Droit commun de la France*, titre des servitudes, sect. 3.

adhérens, incorporés et édifiés dans le fonds du voisin, n'ayant pu l'être à son insu et sans son consentement, au moins tacite, paraissent, en effet, constituer moins une servitude qu'un droit de *propriété* prescriptible par trente ans, suivant l'art. 118 de la *Coutume de Paris* (1).

En conformité de ces principes, la Cour royale de Paris jugea, le 11 août 1810, que le sieur Bosquillon avait acquis, par la prescription de trente ans, le droit de faire usage d'une fosse d'aisances située sous la maison voisine, et dans laquelle il était en possession de faire écouler ses immondices par des tuyaux édifiés et incorporés dans la maison. Le voisin prétendait que ce droit était une servitude qui n'avait pu s'acquérir sans titre, suivant la *Coutume de Paris*. La Cour royale rejeta cette prétention, et la Cour de cassation confirma l'arrêt, par le motif qu'il n'y avait point de contravention à l'art. 186 (*a*) qui n'a trait qu'aux servitudes qu'on n'acquiert point par longue jouissance, et non pas à un droit de *propriété*, et qu'on avait fait à cette espèce *une juste application* de l'art. 712 du Code civil, qui porte que la propriété s'acquiert par accession ou *incorporation*.

La Cour suprême a donc pensé que les anciens principes sur la prescription des servitudes en vertu de l'incorporation, dans l'héritage du voisin, des ouvrages servant à leur usage, pouvaient, sous l'empire du Code civil, être encore appliqués par une conséquence de l'art. 712; mais il ne sera plus nécessaire de les invoquer qu'à l'égard des servitudes discontinues ou continues et non apparentes, les autres pouvant aujourd'hui s'acquérir sans titre, par la simple possession de trente ans. Il ne pourrait donc s'élever aucun doute, s'il s'agissait d'un égout, d'un aqueduc construit dans l'héritage voisin, parce que ce sont des servitudes continues et apparentes.

623. Mais supposons que ma cour soit séparée de celle du voisin, dans laquelle il existe un puits, par un mur mitoyen ou appartenant privativement au voisin. J'ai ouvert dans le mur une porte pour aller puiser de l'eau, j'ai librement passé et puisé de l'eau pendant plus de trente ans.

Supposons encore que ma cour soit séparée de la prairie du voisin par un ruisseau sur lequel j'ai fait construire un pont, afin de passer sur la prairie, pour me rendre à quelque lieu public, j'ai même fait sabler ou paver le chemin de passage, et j'ai passé paisiblement pendant plus de trente ans.

Il y a, dans ces deux cas, édification d'ouvrages sur l'héritage

(1) *V.* ce que nous avons ajouté ci-dessus, n° 469 *bis*, sur les propriétés souterraines et superficiaires. — [*V.* aussi mes observations.] — (*a*) De la coutume.

voisin, incorporation des ouvrages dans le sol et dans le mur. Si l'on ne considérait les droits de puisage et de passage que comme simples servitudes, elles ne seraient pas acquises par prescription, parce que, quoique devenues apparentes, elles sont par leur nature discontinues, et comme telles imprescriptibles sans titre (691).

Mais, en les considérant comme droits de propriété en vertu de l'*incorporation* des ouvrages, ils seront acquis par prescription, en vertu des art. 712 et 2262 (*a*).

Néanmoins, il y a une différence totale entre un passage, qui n'est le plus souvent fondé que sur la tolérance ou sur la familiarité, et un passage exercé en vertu d'ouvrages extérieurs, qui supposent presque nécessairement le consentement au moins tacite du propriétaire. La prescription des servitudes discontinues, annoncées par des ouvrages incorporés dans l'héritage voisin, est donc fondée sur la raison et sur l'équité (1); mais c'est aux tribunaux à décider si réellement il y a incorporation.

624. La possession même immémoriale ne suffit pas pour établir les servitudes discontinues ou continues, mais non apparentes, et pour suppléer au titre (691).

625. Néanmoins, comme la loi ne dispose que pour l'avenir, et qu'elle n'a point d'effet rétroactif, l'art. 691 veut qu'on ne puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature, acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière.

Mais il faut que le droit soit acquis. La possession commencée, ne manquât-il qu'un jour pour achever la prescription, a perdu toute sa force par la promulgation du Code, qui ne permet plus d'acquérir ces espèces de servitudes sans titre (*b*).

626. Dans l'espèce inverse, la possession d'une servitude continue et apparente, commencée avant la promulgation du Code, dans les pays où ces servitudes ne pouvaient s'acquérir sans titre, ne peut être comptée pour la prescription, admise par l'art. 691, qui ne peut,

---

(*a*) C'est-à-dire que dans les deux espèces indiquées, il y a acquisition, non d'une servitude de passage ou de puisage, mais de la propriété d'un passage et de la copropriété d'un puits. Reste à savoir, relativement à cette dernière espèce, si l'on peut prescrire un droit de copropriété. C'est un point qui sera examiné au titre de la prescription. Quant à l'art. 712. *V.* la note sur le n° 469 *bis*. — (1) *Suprà*, n° 469 *bis*, ce que nous avons dit sur la propriété souterraine et superficiaire. Celui qui souffre que l'on incorpore dans son terrain des ouvrages qu'il peut empêcher, est censé consentir au droit que supposent ces ouvrages. *Argum.*, leg. 28. *ff. Commun. divid.*, 10, 3. — (*b*) *V.* Cass. 31 août 1825; Sirey, 26, 1, 27, Dalloz, 25, 1, 433; *id.* 8 août 1837; Sirey, 37, 1, 679; Dalloz, 37, 1, 432, Journ. du Palais, tome 2, 1837, page 182. *V.* mes notes sur le n° 81 du tome 1.

sans rétroagir, donner à cette possession une force qu'elle n'avait pas sous l'ancienne loi.

On ne peut compter que la possession postérieure à la promulgation du Code (1).

627. En Bretagne, où certaines servitudes discontinues, les droits de passage, par exemple, s'acquéraient par la prescription de quarante ans (2), on peut toujours, dans les cinq départemens qui composaient le territoire de cette province, et dans les autres pays où les servitudes discontinues s'acquéraient par prescription, se faire maintenir dans la propriété d'une servitude, en prouvant une possession suffisante antérieure à la promulgation du Code; et lorsque l'époque de cette promulgation sera devenue fort éloignée, en prouvant une possession immémoriale, qui sera censée remonter aux quarante ans antérieurs à cette promulgation (3).

628. La possession immémoriale est celle dont aucun homme vivant n'a vu le commencement, dont il a appris l'existence de ses anciens. Ainsi, cette possession n'a point de temps déterminé par la loi. Il suffit que les vieillards qui en ont connaissance l'aient toujours vue eux-mêmes, qu'ils aient ouï dire communément qu'elle existait avant eux, et qu'ils n'aient connu personne qui ait vu le commencement de cette possession, ou qui ait ouï dire à d'autres qu'ils l'ont vu (4).

On peut aussi prouver la possession immémoriale par des actes et par d'anciennes énonciations : cette preuve prévaut même à la preuve testimoniale; elle est plus assurée et moins suspecte (5).

629. Mais ici se présente une question très intéressante, celle de savoir, 1° si la bonne foi, jointe au titre émané *à non domino*, rend prescriptibles les servitudes discontinues, et les servitudes continues non apparentes; 2° si, en cas d'affirmative, le laps de dix ans entre présens, et vingt ans entre absens, est suffisant, ou s'il faut le laps de trente ans pour opérer la prescription?

(1) Merlin, *Nouveau Répertoire*, vo Prescription, sect. 1, § 3, nos 8 et 9. (*V.* Notes du no 81, tome 1). — (2) Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 7, page 295, no 7; tome 6, page 822, no 173; Usement de Rennes, art. 12 * — (3) C'est ainsi qu'autrefois, en prouvant une possession immémoriale qui était censée remonter avant 1539, on était maintenu dans les droits honorifiques des églises. *V.* Duparc-Poullain, tome 6, page 315. *V.* aussi Despeisses, page 652, col. 2; Lalaure, page 253; Lacombe, vo Servitude; Dunod, page 217. *V.* l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 15 mai 1816, Sirey, tome 17, page 226.—[Comp. rej., 24 juillet 1832, Sirey, 32, 1, 705; Dalloz, 32, 1, 296.]— (4) *V.* leg. 28. *ff. de Probat.*; Dunod, chapitre 14, page 213 et suiv. — (5) Dunod, page 217. *V* le *Repertoire*, vo Prescription, sect. 2, § 21, page 500.

* Suivant l'*Usement de Nantes*, les servitudes de vue et d'égout ne se prescrivaient point par quarante ans. Suivant le Code, ce sont des servitudes continues et apparentes, prescriptibles par trente ans.

Pour résoudre ces questions, il n'est pas inutile de voir comment elles étaient résolues sous l'ancienne jurisprudence.

Notre savant d'Argentré (1) posait en principe, avec le plus grand nombre des docteurs, que la force du titre rendait prescriptibles les servitudes même discontinues : *Sed et discontinuas quoque vis tituli præscriptibiles reddit, cum evenit titulum à non domino haberi, etc..., cùm titulus probatur et secuta est præscriptio decennii, de jure præscriptio formalis suum effectum habet quæ est juris creandi in personâ præscribentis.*

Le principe de la prescriptibilité des servitudes même discontinues, avec titre et bonne foi, était suivi dans les coutumes qui rejetaient l'acquisition des servitudes par longue jouissance *sans titre :* on en concluait, *à contrario*, qu'elles étaient prescriptibles lorsqu'il y avait titre et bonne foi (2).

Pothier dit, dans son introduction au titre des servitudes de la *Coutume d'Orléans*, n° 8 : Si le possesseur de l'héritage voisin, qui passait pour en être le propriétaire..., m'a accordé sur cet héritage un droit de servitude, il n'a pu me donner un droit sur une chose dans laquelle il n'en avait pas lui-même; je n'en acquiers aucun, mais j'acquiers au moins *causam usucapiendi*... Ma possession n'est pas en ce cas destituée *de titre*, puisque je possède en vertu d'un titre d'acquisition, *ab eo quem bonâ fide credebam dominum esse;* et ma possession ne peut passer pour une tolérance, puisque j'use du droit de servitude, *tanquàm existimans me jus servitutis habere.*

On trouve la même doctrine dans Lalande, sur Orléans (3), dans le *Commentaire* de Ferrière sur l'art. 186 de la *Coutume de Paris*, glos. 1, n° 8, et dans plusieurs auteurs. Presque tous s'accordent à dire que le titre joint à la bonne foi rend les servitudes prescriptibles, mais ils ne sont pas d'accord sur le temps nécessaire pour la prescription. Les uns pensent, comme Ferrière, qu'il suffit de dix ans entre présens, et vingt ans entre absens, parce que l'art. 113 de la *Coutume de Paris* admettait cette espèce de prescription pour acquérir. Pothier, au contraire, croyait qu'il fallait trente ans, parce que la *Coutume d'Orléans*, sur laquelle il écrivait, n'admettait que deux sortes de prescriptions pour acquérir, celle de trente ans, contre les particuliers, et celle de quarante ans, contre l'Église (*Voy.* son *Introduction* au titre des prescriptions, n° 3, jointe à son *Introduction* au titre des servitudes, n° 8).

(1) Sur l'art. 271 de l'ancienne *Coutume de Bretagne*, vo Sans titre, nos 14 et suiv., col. 1257 et suiv., édition de 1621. Vasquez était d'une opinion contraire *V.* Dunod, *Traité des prescriptions*, pages 291 et 292. — (2) Ferrière, sur l'art. 186 de la *Coutume de Paris*, gloss. 1, n° 8.— (3) Art 155, n° 6, et art. 225, n° 7.

Voyons maintenant si cette doctrine de la prescriptibilité des servitudes avec titre et bonne foi, peut être admise sous l'empire du Code. Il est plus favorable à la prescription des servitudes que les *Coutumes de Paris* et *d'Orléans;* il a restreint aux servitudes continues non apparentes, et aux servitudes discontinues, les dispositions de ces coutumes qui voulaient que le droit de servitude ne pût s'acquérir par longue jouissance *sans titre,* encore que l'on en eût joui par cent ans.

L'art. 691 du Code porte que « les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir *que par titre.*

» La possession même immémoriale *ne suffit pas* pour les établir. »

On peut donc raisonner comme on faisait dans l'ancienne jurisprudence, et conclure, *à contrario sensu,* que ces servitudes peuvent s'établir par la possession, *lorsqu'il y a un titre.* En effet, comme le dit fort bien Pothier, ma possession n'est pas destituée *de titre,* lorsque je possède en vertu d'un contrat d'acquisition, émané de celui que je croyais être propriétaire. Ce titre imprime à ma jouissance le caractère de possession *pro suo,* et en qualité de propriétaire, possession qui, lorsqu'elle est bien caractérisée, autorise la prescription.

C'est sur ces principes que la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 juillet 1810 (1), a pensé, comme on le jugeait aussi dans l'ancienne jurisprudence, qu'une pareille possession autorise à former l'action de complainte, sauf à examiner la validité du titre lors de la discussion du pétitoire. Il est donc vrai, comme l'ont enseigné les plus habiles jurisconsultes, que le titre coloré rend prescriptibles les servitudes discontinues, et les servitudes continues non apparentes. M. Maleville, l'un des rédacteurs du Code, regarde l'opinion contraire comme insoutenable aujourd'hui (2).

630. Mais si le titre joint à la bonne foi rend prescriptibles les

(1) Rapporté dans le supplément aux *Questions de droit* de Merlin, v° Servitudes, § 6.— (2) Sur l'art. 691, tome 2, page 141. — [Il peut s'élever de graves doutes sur cette question. L'art. 691 est rédigé de la manière la plus exclusive. Les servitudes continues non apparentes, dit-il, et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes *ne peuvent s'établir que par titres.* La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir. Le motif de cette disposition a été indiqué. Il consiste en ce que les actes, au moyen desquels ces servitudes s'exercent, ont un caractère équivoque, un caractère de précarité ou de tolérance (V. art. 2229 et 2232). Maintenant peut-on dire que l'existence d'un titre rend la possession non équivoque, et qu'elle imprime, comme le dit M. Toullier, à la jouissance le caractère de possession *pro suo?* Sans doute, à l'égard de celui qui a constitué la servitude, l'affirmative est incontestable. Mais relativement au véritable propriétaire, il est clair que l'existence du titre que presque toujours il ignore, ne change point le caractère de la possession, et que, par conséquent, elle est inhabile à fonder une prescription. Telle était, au

servitudes discontinues, faut-il le laps de trente ans pour opérer la prescription, ou seulement dix ou vingt ans, conformément à l'article 2265?

On est d'abord porté à penser que la possession de dix ou vingt ans est suffisante. Nous avons vu que c'est cette prescription qu'on appliquait à cette espèce sous la *Coutume de Paris*, conformément à l'art. 113; et que, si Pothier exigeait trente ans, c'était parce que la *Coutume d'Orléans* n'admettait pas la prescription de dix ou vingt ans pour acquérir. Or, cette prescription est admise par l'art. 2265 du Code, pour acquérir tous les *immeubles;* et cette expression comprend, suivant l'art. 526, *les servitudes ou services fonciers*. Il semblerait donc que la prescription de dix ou vingt ans est applicable aux servitudes.

Mais l'art. 2264 porte que « les règles de la prescription, sur « d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre (des « prescriptions), sont expliquées dans les titres qui leur sont pro« pres. » Or, au titre des servitudes, le Code n'admet d'autre prescription que celle de trente ans : on n'en peut donc admettre d'autre sans faire une fausse application de l'art. 2265. Le titre coloré ne produit d'autre effet à l'égard des servitudes discontinues ou continues, mais non apparentes, que de les rendre prescriptibles, comme le sont, même sans titre, les servitudes continues apparentes, c'est-à-dire par la possession de trente ans; mais ce titre n'abrégerait pas le temps de la prescription à l'égard de ces dernières, parce qu'en matière de servitudes, le Code ne connaît d'autre prescription que celle de trente ans (*a*).

631. Au reste, par titre coloré, nous entendons un titre constitutif de la servitude, émané du possesseur, *pro suo*, qui était réputé propriétaire, et non pas un titre énonciatif passé entre le propiétaire de l'héritage dominant et des tiers. Ces sortes de titres sont absolu-

---

reste, l'opinion de Dunod. *V. Traité des prescriptions*, pages 291 et 292. Quant à l'arrêt du 24 juillet 1810, et qui a été suivi de plusieurs autres rendus dans le même sens, je ne crois pas qu'ils soient aussi décisifs que le pense M. Toullier Ils sont, en effet, intervenus sur des espèces où il s'agissait de titres émanés des véritables propriétaires. *V.* Delvincourt, tome 1, note 3 de la page 172; Zachariæ, tome 2, § 251. note 7; Troplong, *Traité des prescriptions*, n° 857; Vazeille, *id.*, tome 1er, n° 416.]

(*a*) La jurisprudence est constante sur ce point. *V.* Cass., 10 décembre 1834 Sirey, 35, 1, 24; Dalloz, 35, 1, 65. Lyon, ... février 1837; Sirey, 37, 1, 506, *ad notam*.— Orléans, 31 décembre 1835; Sirey, 36, 2, 5.— Bordeaux, 29 mai 1838; Sirey, 38, 2, 342, Journ. du Palais, t. 2. 1838, page 331.— Aix, 24 décembre 1840, Journ. du Palais, tome 2, 1841, page 58; Zachariæ, tome 2, § 251, note 1. Comp. toutefois Delvincourt, tome 1er, note 3 de la page 172· Duranton, tome 5 n° 593; Pardessus, *Servit.*, 8e édition, tome 2, page 390.

ment sans force contre le propriétaire de l'héritage servant, ainsi que nous l'avons dit *suprà*, n° 603.

---

### ART. II.

*Quand la prescription commence à courir; en quoi consiste la possession des servitudes; par quels actes elle commence; comment elle continue?*

SOMMAIRE.

632. C'est du jour du premier acte de possession, et non du jour du titre, que commence la prescription.
633. La possession commence par le premier acte d'exercice du droit, et continue par la faculté de l'exercer.
634. Application du principe aux servitudes continues et apparentes, aux servitudes d'égout, de cours d'eau, etc.
635. S'il suffit que les ouvrages qui caractérisent le droit de cours d'eau soient faits sur l'héritage inférieur et dominant.
636. Des servitudes d'appui, de vue, etc.
637. Comment commence la possession des servitudes continues non apparentes, comme celle *altiùs non tollendi*.
638. Dans les principes du Code, il faut un titre.
639. Application à un exemple.
640. Distinction importante entre la constitution et la possession de la servitude.
641. La possession des servitudes discontinues sans titre est réputée précaire; mais la possession jointe au titre fait courir la prescription.
642. Caractères que doit avoir la possession.
643. Explication de la règle *tantùm præscriptum, quantùm possessum.*
644. Le mode d'exercer un droit en change la nature.
645. De la prescription du droit accessoire par la possession du droit principal
646. Si le droit d'égout rend prescriptible le droit d'échelage.

632. C'est du jour où la possession a commencé que commence aussi à courir la prescription des servitudes, et non du jour où a été passé l'acte qui les constitue, lorsqu'il en existe un; car pour prescrire il faut posséder.

633. La possession d'un droit consiste dans l'exercice que nous en faisons par nous-mêmes, ou par un autre qui l'exerce en notre nom (2228).

Le premier acte d'exercice d'un droit de servitude établit et commence la possession, qui se continue par les actes subséquens, et par la faculté non interrompue de continuer ces actes; car, comme l'exercice d'un droit de servitude ne peut pas toujours être continuel, une fois que la possession est acquise, il suffit d'en répéter les actes au besoin, et que la faculté de les répéter ne soit pas interrompue; en un mot, que les choses restent dans un état tel qu'on puisse exercer la servitude à volonté (1).

---

(1) Wolf, *Jus nat.*, 2e part., § 744; 5e part., §§ 1395 et 1396; Cæpolla, *de Servit.*, tract. 1, cap. 19 nos 2 et 3.

634. Ainsi, à l'égard des servitudes continues et apparentes, la possession commence du jour où ont été terminés (1) les ouvrages extérieurs que le propriétaire du fonds dominant a faits pour établir ou exercer une servitude (642).

La possession continue pendant que ces ouvrages existent, parce leur existence perpétue la faculté d'exercer la servitude.

Le fait de l'homme est donc nécessaire pour établir ou commencer la possession des servitudes continues et apparentes, quoiqu'il ne soit plus nécessaire pour la continuer (2).

La possession de la servitude d'égout, par exemple, commence au jour où le toit de la maison dominante étant achevé, l'eau des gouttières peut tomber sur le fonds servant, quoiqu'elle n'y ait pas encore tombé, à cause de la sécheresse de la saison qui a retardé la chute des pluies.

La possession de la servitude de cours d'eau ne commence également que du jour où les ouvrages nécessaires pour en caractériser le droit et pour l'exercer sont terminés (642).

Car il ne suffit pas que depuis un temps immémorial les eaux de la source supérieure passent sur le fonds inférieur. Ce passage naturel ne suppose, n'établit aucun droit, si ce n'est contre le propriétaire du fonds inférieur assujetti à recevoir ses eaux.

635. Mais s'il fait, soit sur son propre fonds (3), soit sur le fonds supérieur, des ouvrages apparens destinés à faciliter la chute et le cours de ces eaux pour les rendre utiles à sa propriété, ces ouvrages indiquent l'intention d'acquérir un droit, et la prescription commence du jour où ils sont terminés; et si la possession subsiste en cet état sans être interrompue pendant trente ans, la servitude est acquise.

636. Il en est de même des autres servitudes continues et apparentes, telles que celles d'appui, de vues droites ou obliques, etc. La

---

(1) Wolf. *ubi suprà*. § 1395, *in nota*. — (2) D'Argentré, *in art*, 271, *vet. cons.*, col. 1257. *Signum retinet signatum*. — (3) Car les termes de l'art. 642 sont indéfinis. *ouvrages apparens*. *V.* les *Observ. du Tribunat*, sur la rédaction de cet article. Mais par arrêt du 25 août 1812 rapporté par Sirey an 1812, la Cour de cassation a pensé que « ce n'est que de l'existence des ouvrages de la part du propriétaire « inférieur, sur le fonds du propriétaire de la source, que peut naître la servitude « sur son héritage, et par suite la prescription et l'action possessoire.» J'avais d'abord enseigné cette doctrine, qui est la seule vraie L'autorité du Tribunat m'avait fait illusion. — [*V.* dans le sens de l'arrêt précité. Rej., 6 juillet 1825; Sirey, 26, 1, 406; Dalloz, 25, 1, 356, Bordeaux, 1er juillet 1834; Sirey, 34, 2, 648 Rej., 5 juillet 1837; Sirey, 37, 1, 565, Journ. du Palais, tome 2, 1837, page 246. Bordeaux, 31 juillet 1841, Journ. du Palais, tome 2, 1841, page 658. Rej., 30 novembre 1841, Journ. du Palais, tome 1er, 1842, page 68. Duranton, tome 5, nº 181; Proudhon, *Domaine public*, nº 1372. Troplong, *Prescription*, nº 114. Comp. toutefois Delvincourt, tome 1er, note 1, page 163. Pardessus, nº 100. Zachariæ, tome 2, § 236, note 4.]

prescription commence (1) du jour où le propriétaire du fonds dominant a terminé les ouvrages, ouvert les fenêtres, les jours, etc., et la possession continue pendant que ces ouvrages subsistent.

637. Quant aux servitudes continues non apparentes, qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, telles que celle de ne pouvoir élever son mur ou sa maison, *altiùs non tollendi*, celle de prospect, etc.; en un mot, toutes les servitudes négatives qui consistent à empêcher le propriétaire du fonds servant d'y faire certains actes de propriété, la possession n'en peut commencer que du jour où ce propriétaire, ayant voulu élever son mur ou sa maison, planter des arbres ou faire d'autres ouvrages nuisibles aux jours ou au prospect, le propriétaire du fonds dominant lui a fait notifier une défense (2) de le faire.

L'acquiescement à cette défense légalement connue, fait supposer, dans la personne du propriétaire du fonds servant, ou un abandon de son droit (3), ou la reconnaissance d'un droit préexistant, légitimement acquis au fonds dominant. Ainsi, cet acquiescement constitue l'héritage servant dans un état habituel de servitude, qui ne peut cesser que par des actes de liberté contraires à la servitude, ou par une contradiction juridique (*a*).

638. Mais, pour établir la possession d'une pareille servitude négative, il ne suffit pas, dans les principes du Code, d'une simple défense notifiée au propriétaire du fonds servant, s'il n'existe pas un titre émané, soit du propriétaire, soit du possesseur *pro suo*, que la loi répute propriétaire.

Ainsi, il faudrait, dans la notification de la défense, donner copie du titre qui fonde le droit; autrement, on ne pourrait prendre pour acquiescement le silence du propriétaire du fonds servant, ni même l'interruption des ouvrages, parce qu'elle peut avoir eu d'autres motifs que la défense. Personne n'est tenu de répondre à une défense contraire à la liberté naturelle, lorsque cette défense ne paraît fondée sur aucun titre, ni sur aucune loi.

Mais, du moment où il a été notifié une défense juridique motivée sur un titre, si le propriétaire du fonds servant garde le silence, et à plus forte raison s'il défère à la défense en cessant les ouvrages commencés, on ne peut se dispenser de présumer qu'il reconnaît le droit de servitude, ou qu'il abandonne son droit de liberté. La pos-

---

(1) *V.* Dunod, 3e part., chap. 6, page 292; Maleville, sur l'art. 691. — (2) Valla, *de Rebus dubiis*, tract. 7, n. 10. *Unus actus, una prohibitio vel contradictio sufficit ad quærendam possessionem.* — (3) Wolf, *Jus nat.*, 5e part., § 1383. — (*a*) *V.* la note du no 629.

session, ainsi établie et fondée sur un titre coloré, acquiert un caractère d'authenticité suffisant pour opérer la prescription, si elle n'est pas interrompue avant le temps fixé par la loi (*a*).

639. Pour rendre ceci plus sensible, il faut en faire l'application à une espèce. Si Titius, possesseur de la maison A, s'était obligé, moyennant un prix convenu, de ne point l'élever plus haut, en faveur de Mevius, propriétaire de la maison B, qui traitait avec lui de bonne foi, et que Seius, propriétaire de la maison A, fît ensuite condamner Titius à la lui rendre, il pourrait élever sa maison sans que Mevius pût lui opposer la prescription, parce qu'elle commence à courir, non pas du jour où l'acte qui concède la servitude a été passé, mais du jour où la possession a commencé : or, la possession ne commence que du jour de la contradiction.

Mais si Mevius, craignant que Seius, rentré en possession, ne fît élever sa maison, lui faisait notifier une défense de le faire, avec copie en tête de l'acte de concession de la servitude, et que Seius gardât le silence pendant trente ans, le droit de servitude serait prescrit (*b*).

640. Il faut donc bien distinguer entre la stipulation ou la constitution de la servitude, et la possession de la servitude. La prise de possession, qui n'est plus nécessaire dans les principes du Code, pour transférer la propriété, l'est encore pour faire courir la prescription (*c*).

641. La possession des servitudes discontinues, telles que celles de passage, pacage, puisage, etc., est marquée par des faits apparens et publics; mais, le plus souvent, elle commence par des raisons d'amitié, de familiarité ou de complaisance : elle se continue par la tolérance des propriétaires ou par la négligence des fermiers.

Ainsi, toute possession sans titre, en cette matière, est considérée par le Code comme précaire, et incapable, fût-elle immémoriale, d'opérer seule la prescription, qui ne peut s'acquérir que par une possession *pro suo*, ou à titre de propriétaire.

Mais, lorsqu'il existe un titre constitutif de la servitude, et reçu de bonne foi, concédé par celui qu'on croyait propriétaire de l'héritage servant; la possession ne peut plus être réputée précaire, puisqu'il est prouvé qu'elle est à titre de propriétaire. Dès lors, elle doit avoir l'effet d'opérer la prescription par *trente ans*, qui commencent à courir du jour du premier acte d'exercice de la servitude postérieur au titre. Le propriétaire, rentré dans sa propriété, doit

(*a*, *V.* notes du 629. — (*b*, *c*) *V.* notes sur le n° 629

s'imputer de n'avoir pas veillé au recouvrement des droits dont il pouvait avoir été dépouillé pendant la possession de l'usurpateur, ou de n'avoir pas formé plus tôt son action de vendication (*a*).

642. Outre les caractères particuliers nécessaires pour établir la possession des servitudes, elle doit réunir les autres qualités requises pour opérer la prescription; c'est-à-dire qu'elle doit être continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire (2229). Le développement de ces qualités appartient au titre des prescriptions.

643. Enfin, il faut remarquer que la prescription n'acquiert au possesseur précisément que ce qu'il a possédé, et rien absolument au-delà. C'est ce qu'on exprime ordinairement par la règle, *tantùm præscriptum, quantùm possessum;* règle fondée sur ce que la prescription étant un effet de la possession, ne peut avoir plus d'étendue que sa cause, ni rien opérer au-delà: *Præscriptiones tantùm habent de potentiâ, quantùm habent de actu,* disent les docteurs (1). D'ailleurs, comme la possession dépouille le propriétaire de ses droits, on doit la resserrer dans les bornes les plus étroites. Cette règle mérite d'autant plus notre attention, que les occasions d'en appliquer les conséquences se présentent très fréquemment dans la pratique. La possession d'une partie divisible n'est pas la possession du tout. La propriété parfaite se compose d'une foule de droits différens, comme nous l'avons vu au titre de la propriété; et la possession de l'un de ses droits n'est pas la possession du droit d'une autre espèce.

644. Bien plus : le mode ou la manière d'exercer un droit en change la nature, et ces différens modes forment autant d'espèces particulières qu'il ne faut pas confondre (708).

Prenons pour exemple le droit de passage. Le droit de passer à pied n'est point celui de passer à cheval; le droit de passer à cheval n'est point celui de passer en voiture; le droit de passer pendant le jour n'est point le droit de passer pendant la nuit; le droit de passer dans une saison n'est pas le droit de passer dans une autre; le droit de passer pour un objet, par exemple, pour enlever sa récolte, n'est point le droit de passer pour un autre objet. Cette divisibilité des différens droits de servitude est presque infinie. Si la possession ne s'est étendue qu'à l'un des modes d'user d'un droit, la prescrip-

(*a*) *V.* n° 629 et notes. — (1) D'Argentré, *in art.* 261, *in verbo* Droiture et Seigneurie, nos 5 et 6, col. 1250, édition de 1621. *Tantùm de jure alieno præscriptio detrahet, quantùm possederit... Ità ut si juris quod prætenditur species sint diversæ, id tantùm consecuturus sit, quod per ejusdem speciei actus possederit, nec quidquam ampliùs. ... Idque verum est, sive de rebus corporalibus præscribendis agatur, sive de incorporalibus, sive juribus, sive servitutibus.* Col. 1251, *in princ.*

tion ne peut donc s'étendre à un autre mode. On a toujours rigoureusement appliqué ces principes à toutes les espèces de servitudes : nous en avons déjà fait l'application au droit de fenêtre et de vue, et au droit d'égout, *stillicidii*, *suprà* n^os^ 531 et 542 : nous en verrons de nouvelles applications dans la section suivante, et dans le § 8 de la sect. 5, où nous traiterons de la libération ou de l'extinction des servitudes, par le non-usage ou par la prescription.

645. Mais si l'un de ces droits est l'accessoire d'un autre, la possession du droit principal opère-t-elle la prescription du droit accessoire? Il faut distinguer si les deux droits sont inséparables; s'ils sont tellement unis, qu'on ne puisse user de l'un sans user de l'autre, par exemple, le droit de puisage et le droit de passage; car, pour aller puiser de l'eau, il faut nécessairement passer, mais seulement à pied.

Vous m'avez accordé un droit d'usufruit sur un champ auquel je ne puis arriver sans passer sur vos autres propriétés; j'ai le droit d'y passer non-seulement à pied, mais encore avec les chevaux et les voitures qui me sont nécessaires pour l'exercice de mon usufruit.

C'est à ces cas et autres semblables qu'il faut appliquer la prescription de l'accessoire par celle du principal : *Accessoria et connexa omnia principali* INSEPARABILIAQUIDEM, *quæ tum erant, cum præscriptio inchoaretur præscribi patiuntur unicâ eâdemque præscriptione* (D'Argentré, *in art.* 266, *de interruptionibus*, *cap.* 3, *n°* 8, *in fine*, *col.* 1160).

Mais si les deux droits, dont l'un paraît l'accessoire de l'autre, sont séparables, la possession de l'un n'entraîne point la prescription de l'autre. *De adjectis et separabilibus aliud judicant*, ajoute le même auteur, *ibid.* Nous en avons un exemple dans le droit de fenêtres, qui paraît d'abord inséparable du droit de vue, puisqu'une fenêtre n'est faite que pour voir. Cependant nous avons vu, n° 532 et suivans, qu'ils sont non-seulement divisibles, mais qu'ils sont réellement divisés, et que celui qui a acquis le premier par prescription, n'a pas acquis le second.

646. Appliquons encore ces principes à deux autres servitudes d'espèces différentes, au droit d'égout et au droit d'échelage, dont nous avons parlé *suprà*, n° 561. J'ai, depuis plus de trente ans, la possession de faire écouler les eaux de mon toit sur la cour de mon voisin; c'est une servitude continue qui s'acquiert par prescription : j'ai donc acquis le droit ou la servitude d'égout, ou, si l'on veut, je l'ai acheté à prix d'argent, sans que le titre parle du droit d'échelage. Dans ces deux cas, depuis que mes gouttières sont placées, j'ai, pendant plus de trente ans, lorsque mon toit a eu besoin de ré-

parations, fait passer mes ouvriers sur la cour du voisin, pour y placer leurs échelles, etc.; c'est une servitude discontinue qui ne peut s'établir que par titre (691). La circonstance que j'ai eu en même temps la possession du droit d'égout, qui s'acquiert par prescription, rend-elle prescriptible le droit d'échelage sous l'empire du Code?

Ce sont ici deux servitudes d'espèces différentes, l'une continue, l'autre discontinue, deux servitudes non-seulement séparables, mais le plus souvent séparées. On peut avoir le droit d'échelage sans le droit d'égout, et le droit d'égout sans le droit d'échelage. L'expérience journalière prouve qu'on peut fort bien réparer un toit, dont les eaux s'écoulent sur le terrain voisin, sans y faire passer ses ouvriers, et sans y poser ses échelles. La prescription du droit d'égout ne paraît donc pas entraîner celle du droit d'échelage; c'est une conséquence qui semble dériver nécessairement des principes que nous avons posés.

## SECTION IV.

*Des droits du propriétaire du fonds dominant, ou de la manière d'user de la servitude*

### SOMMAIRE.

647. Le droit se règle par le titre, mais on peut acquérir des droits plus étendus par prescription.
648. A moins qu'il ne s'agisse d'une servitude discontinue.
649. La limitation du droit ne se présume pas; mais il ne s'étend qu'aux besoins du fonds, dans l'état où il était au moment de la concession
650. Application du principe au droit de passage,
651. Et au droit de prise d'eau.
652. *Quid*, si le fonds dominant est partagé ou devient indivis?.
653. Il y a des servitudes qui ne sont pas dues à tout le fonds.
654. Le doute s'interprète en faveur de l'héritage servant.
655. C'est au débiteur à indiquer l'endroit du passage; il peut même varier
656. Le droit de puisage dans une cour close n'emporte pas le droit d'y puiser la nuit.
657. Du passage sans fixation d'heure et de temps.
658. Si le passage est concédé pendant la nuit sur un lieu clos, le propriétaire dominant doit avoir une clef.
659. La possession, l'intention des parties, le but de la servitude interprètent le titre.
660. A défaut de ces circonstances, *quod minimum sequendum est*
661. Du droit de fenêtres accordé indéfiniment.
662. Quand le mode de la servitude est fixé par le titre ou par la possession, on n'y peut plus rien changer.
663. En accordant une servitude, on accorde ce qui est nécessaire pour en user. Exemples.
664. On peut stipuler que le propriétaire du fonds dominant ne pourra faire aucuns ouvrages.
665. Ces ouvrages sont aux frais du propriétaire dominant, même dans le cas de la servitude d'appui.

666. L'endroit où s'exerce la servitude continue d'appartenir au propriétaire du fonds asservi.

647. L'usage et l'étendue du droit de servitude sont réglés par le titre (702) (1); et à défaut ou dans le silence du titre, par la coutume ou par la possession.

Celui qui établit ou concède une servitude, peut la limiter ou l'étendre comme bon lui semble, mettre à sa concession telles conditions qu'il lui plaît (2).

Celui en faveur de qui elle est établie ne peut rien faire de contraire aux limitations ni aux conditions exprimées dans son titre; il ne peut prétendre des droits plus étendus que ceux qui lui ont été concédés (3), à moins qu'il n'ait acquis des droits plus étendus par la prescription, dans les cas où elle est admise; car, si l'on ne prescrit pas contre son titre, on peut prescrire au-delà de son titre, pourvu qu'il s'agisse d'une servitude continue et apparente, prescriptible sans titre.

648. S'il s'agissait d'un droit de passage, ou de toute autre servitude discontinue ou non apparente, la possession au-delà du titre étant réputée précaire, ne pourrait opérer la prescription : il faudrait toujours en revenir aux limitations exprimées dans le titre constitutif.

649. Mais ces limitations doivent y être exprimées : dans le doute, elle ne se présument pas (4). La servitude est censée acquise ou concédée dans toute l'étendue que comportent les servitudes de pareille nature, et que leur donne l'usage des lieux.

Sans néanmoins pouvoir l'étendre au-delà de ce qu'exige l'utilité du fonds dominant, dans l'état où il était au moment où la servitude a été établie (5); car c'est à cette époque qu'il faut se reporter pour juger de l'étendue de la concession.

---

(1) Art. 702; Domat, liv. 1, tit. 12, sect. 1, nos 8 et suiv. — (2) Wolf, *Jus nat.*, 5e part., § 1283. — [Comp., art. 686 C. civ. Une servitude peut absorber complétement l'usage du fonds asservi. Spécialement, une servitude de passage peut, d'après les actes qui l'ont établie, être déclarée même, à l'égard du propriétaire du fonds assujetti, exclusive du droit de passer sur ce même fonds. Rej., 25 juin 1834; Sirey, 34, 1, 509; Dalloz, 34, 1, 329.] — (3) Art. 702, Wolf, *ibid.*, § 1318. — (4) *In dubio limitata non præsumitur servitus.* Dumoulin, *de Divid. et indiv.*, 3e part., no 83, tome 3, *oper.*, page 217. — (5) *Sed intelligitur ad modum et exigentiam loci dominantis duntaxat, quæ erat tempore constitutæ servitutis; non autem ut possit notabiliter augeri, et multò minùs extendi ad villas, latifundia post ea quæsita et annexa per dominantem, quamvis enim ad illa nolit servitutem ipsam extendere, nec prætendat auctum commeatum jure servitutis; sed occasione primi loci dominantis tantùm, tamen non potest ed occasione duriorem servitutis conditionem facere: ideò reduci debet ad modum initio prævisum et impositum. Certum est enim quod quatuor vinitores, et quatuor jugerum operarii plus gravabunt agrum servientem, quàm transitus unius aut duorum operariorum unius*

650. Ainsi, pour suivre l'exemple proposé d'un droit de passage, si j'ai acquis le droit de passer sur votre fonds, pour le service du champ Cornélien, dont l'étendue est de 1 hectare, et que j'acquière ensuite d'autres champs contigus, pour les réunir au champ Cornélien, je ne pourrai pas étendre au service de ces nouvelles acquisitions le passage qui n'était concédé que pour l'usage du fonds Cornélien; ce serait aller contre la loi de la concession, qui n'a été faite que pour un champ de 1 hectare. Il est certain que le passage pour le service de 4 ou 5 hectares, est plus onéreux que pour le service d'un seul. Or, « celui qui a un droit de servitude, ne peut en user « que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit « la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement « qui aggrave la condition du premier (702) (1). »

Ainsi, contre l'opinion de Desgodets (2), le propriétaire d'un fonds de terre, en faveur duquel serait établi un droit de passage, ne pourrait, en y faisant bâtir, grever le fonds servant du passage nécessaire pour le service d'une maison (3), car il est évident que le passage journalier de tous les habitans d'une maison, est plus onéreux que le passage pour le service d'un fonds de terre.

Ce serait, d'ailleurs, changer la qualité du droit, et convertir une servitude rurale en servitude urbaine (*a*); ce qui serait contraire à la loi de la concession et au principe qui en dérive, qu'on ne peut, en aucune manière, aggraver la condition du fonds servant. Si de pareils changemens étaient permis, le passage accordé pour le service d'un fonds de terre, pourrait, comme l'observe Dumoulin, devenir un chemin vicinal; ce qu'il est impossible d'admettre.

651. Celui à qui une servitude est due ne peut, à plus forte raison, en communiquer l'usage à aucun autre; il ne peut même l'étendre, pour son propre usage, au-delà de ce qui lui est donné par le titre. Ainsi, celui qui a une prise d'eau pour le fonds A, ne peut en user pour le fonds B; et si la prise d'eau n'est que pour une partie du fonds A, il ne peut l'étendre à une autre partie (4), à moins qu'il n'en résulte aucun préjudice pour le fonds servant.

---

*jugeri; et alioquin de itinere privato ad unum jugerum vel tugurium posset sensim fieri via vicinalis... vel publica, quod non est admittendum.*—Dumoulin, *ubi suprà*, n° 5, pages 251 et 252, et n° 319, *Junge* n° 342. Dumoulin applique à la servitude d'aqueduc ou de cours d'eau, ce principe, qui doit s'appliquer à toutes les servitudes.

(1) *V.* Domat, liv. 1, tit. 12, sect. 5, n° 1.— (2) Sur l'art. 215 de la *Coutume de Paris*, n° 9, page 437, et *ibi* Goupy.— (3) Il pourrait néanmoins bâtir; mais si le passage était nécessaire à cause de l'enclave, il serait obligé de payer, c'est-à-dire d'indemniser le propriétaire du fonds servant. — (*a*) *V.* la note du n° 596. — (4) Conforme au droit romain. *V.* Domat, liv. 1, tit. 12, sect. 4, n° 7,

652. On pourrait douter si le propriétaire du fonds servant est en droit de se plaindre, comme d'un fait qui aggrave sa condition, que le fonds dominant, qui n'appartenait originairement qu'à une seule personne, soit partagé entre plusieurs.

L'art. 700 a levé le doute. « Si l'héritage pour lequel la servi-« tude a été établie vient à être divisé, la servitude reste due pour « chaque portion, sans néanmoins que la condition du fonds assu-« jetti soit aggravée.

« Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les « copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit, « pendant le même espace de temps et pour le même objet, si la servitude était ainsi limitée par le titre.

Cet article, conforme au droit romain, est fondé sur le principe fécond en conséquences, que la servitude due à un fonds est due à toutes les parties de ce fonds.

Si le fonds dominant, qui appartenait à un seul propriétaire, vient à appartenir par indivis à plusieurs, ils peuvent tous user de la servitude, pourvu qu'ils s'entendent pour l'exercer de manière à ne pas la rendre plus onéreuse. Il ne leur est pas dû à chacun une servitude, mais à tous une seule servitude en commun, dit fort bien Dumoulin (1); ce n'est qu'au fonds, à cause du fonds, à toutes les parties du fonds, que la servitude est due; c'est comme copropriétaires de ce fonds, comme ayant le tout dans le tout, et le tout dans chaque partie, qu'ils ont droit à la servitude.

---

« *Quæcumque servitus fundo debetur, omnibus ejus partibus debetur; et ideò* « *quamvis particulatim vænierit, omnes partes servitus sequitur, et ità ut singuli* « *rectè agant jus sibi esse fundi. Si tamen fundus cui servitus debetur certis regio-* « *nibus inter plures dominos divisus est, quamvis omnibus partibus servitus de-* « *beatur, tamen opus est ut hi qui non proximas partes servienti fundo habebunt,* « *transitum per reliquas partes fundi divisi jure habeant, aut si proximi pa-* « *tiantur, transeant.* », Leg. 23, § *ult., ff. de Serv. præd. rustic. Vid. contrà*, leg 11, *ff. de Servit.*— [Il n'existe entre ces deux lois aucune antinomie. Elles statuent sur deux espèces différentes. La première (la loi 23) est relative à une servitude établie, la seconde à une servitude qui ne l'est pas encore. Comp. au surplus les deux textes.]

(1) *Nec erunt plures servitutes, sed unica... Singulis una tantùm eadem debetur in solidum, et à singulis solida, sed eadem petitur, et singuli in solidum sed eddem utuntur. Similiter quantùm ad usum, quia ex quo non ad utilitatem personarum, nisi secundariò et in consequentiam fundi, sed primariò ad utilitatem fundi, non poterunt plures magis, nec in plus ubi quàm unus videlicet quantùm satis est ad utilitatem fundi dominantis, quæ prævisa fuit et intenta tempore contractûs, vel dispositionis; ità ut nec ex divisione vel augmento fundi, nec ex multiplicatione dominorum fundi augeri possit, vel durior fieri modus, vel usus servitutis, quàm esset ab initio : non enim ex facto vel casu contingenti in personam creditoris fieri debet deterior conditio debitoris. Hinc ab initio potest debens servitutem adversarium cogere et ab eo vicissim cogi ad liquidandum, et determinandum modum illum et usum servitutis.* Dumoulin, *Extricatio labyrint. sex decim legum*, nos 50 et 51.

Lorsque le fonds est ensuite partagé, chacun des propriétaires d'une partie a le même droit qu'il avait pendant l'indivision, mais seulement pour les besoins de sa portion.

653. Il y a pourtant des servitudes qui ne sont pas dues à toutes les parties du fonds (1). Par exemple, le droit de vue accordé à une maison d'où dépendent d'autres bâtimens, ne peut être étendu à ces derniers, s'ils sont séparés de la maison, puisque le nombre même des ouvertures de la maison ne saurait être augmenté.

Si un droit de passage était limité par le titre au service du jardin dépendant d'une maison de campagne, il ne pourrait être étendu à la maison séparée du jardin.

654. Comme les servitudes dérogent à la liberté naturelle, on doit les restreindre à ce qui se trouve précisément nécessaire pour le besoin des fonds à qui elles sont dues, et il faut en diminuer l'incommodité autant qu'il est possible (2). Le doute doit s'interpréter en faveur du débiteur.

655. Si la manière d'user de la servitude était incertaine, comme si, par exemple, la place nécessaire pour un passage n'était pas réglée par le titre, c'est à celui qui doit la servitude à l'indiquer par l'endroit qui l'incommode le moins (3); et l'on ne doit avoir recours à la justice et aux experts, que dans le cas où le débiteur aurait agi de mauvaise foi dans son indication, et par envie de gêner celui à qui la servitude est due.

Bien plus : suivant l'art. 701, si l'indication primitivement assignée par le titre ou par la possession, était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de son droit, et celui-ci ne pourrait pas le refuser (*a*).

---

(1) Leg. 6, *ff. de Servit. Ad certam partem fundi servitus tàm remitti quàm constitui potest.* — (2) Domat, liv. 1, tit. 12, sect. 1, n° 9.— (3) *Si via, iter, actus, aquæductus legetur simpliciter per fundum, facultas est hæredi per quam partem fundi velit constituere servitutem.* Leg. 26 *ff. de Servit. præd. rust.* Il y a des lois qui paraissent contraires à celles que cite Domat, *ubi suprà*, dans la note du n° 9. *V.* Lalaure, pages 58 et 59; Basnage, tome 2, page 486, édition de 1721; mais il ne faut pas s'y arrêter, puisque l'art. 701 permet au propriétaire du fonds asservi de changer l'assignation primitive du lieu de passage, si elle lui est devenue onéreuse. Cet article a suivi les principes de Dumoulin, *de Divid. et individ.*, 3e part. n° 87. « *Quantumvis enim servitus* « *sit tota in toto, et tota in qualibet parte fundi dominantis activè, et servientis* « *passivè, tamen utendum est per locum et modum quo minùs præjudicatur fundo* « *servienti... Et hinc est quod electio loci exercendæ servitutis non est creditoris,* « *sed debitoris, etiam in testamentis, dummodò sine captione et civiliter eligat.* » —(*a*) Comp. Pau, 8 juin 1831; Sirey, 31, 2, 234; Dalloz, 31, 2, 194; rej. 24 avril 1838; Sirey, 38, 1, 359; Dalloz, 38, 1, 200, Journ. du Palais, t 2, 1838, p. 300; rej 9

656. Si le droit de puiser de l'eau, dans l'enclos d'une cour ou d'une maison, était accordé indéfiniment, sans spécifier l'heure ni le temps, il ne paraît pas raisonnable de permettre d'y puiser pendant la nuit, puisqu'il est aisé durant le jour de se fournir de l'eau dont on a besoin (1).

657. Si le passage était stipulé et consenti sans en fixer l'heure ni le temps, il faudrait distinguer. S'il s'agit du passage sur un lieu déclos, nul doute qu'il peut être exercé à toute heure, et même pendant la nuit, parce qu'on peut avoir besoin de passer à toute heure (2).

Mais s'il s'agit de passer par un lieu destiné à être clos pour la sûreté du propriétaire ou pour la sûreté publique, le passage ne peut être exercé qu'à des heures convenables, n'étant pas juste qu'une cour ou une maison demeure ouverte à toutes les heures de la nuit (3).

On peut donc faire régler par la justice le temps auquel le passage peut être exercé. A Paris il était réglé, savoir : de Pâques à la Saint-Remi, depuis quatre heures du matin jusqu'à dix heures du soir; et de la Saint-Remi à Pâques, depuis six heures matin jusqu'à six heures du soir (4).

658. Si la faculté de passer pendant la nuit était exprimée dans le titre, on ne pourrait l'interdire même à toute heure; mais le propriétaire du fonds dominant serait obligé d'avoir une clef, comme il est d'usage dans le cas des allées communes, afin de ne pas laisser la porte ouverte.

659. Si le titre qui accorde un passage n'en désigne ni la largeur ni la manière d'en user, soit à pied, à cheval ou avec voitures, la possession sert à interpréter le titre, et l'on doit s'y tenir (*a*)

A défaut de possession, on doit examiner quelle a été l'intention vraisemblable des parties, et la fin pour laquelle le chemin a été stipulé et promis.

660. Si ces circonstances ne donnent point assez de lumières, il

---

mars 1840; Devilleneuve, 40, 1, 641; Dalloz, 40, 1, 163. *Secùs*, lorsque le titre constitutif contient renonciation à la faculté de déplacer la servitude; req. rej. 10 mai 1824; Sirey, 35, 2, 461 en note. Comp. toutefois, Pau, 9 février 1835; Sirey, 35, 2, 460; Dalloz, 35, 2, 177. La faculté de demander le changement de l'assiette primitive d'une servitude n'est ouverte qu'au propriétaire du fonds servant et non au propriétaire du fonds dominant. Cass. 16 mai 1838; Sirey, 38, 1, 570; Dalloz, 38, 1, 244, Journ. du Palais, tome 1. 1838, page 669.

(1) Basnage, tome 2, page 472, et après lui Lalaure, pages 59 et 60. — (2) Basnage, *ubi suprà*. — (3) Basnage, tome 2, page 486; Lalaure, pages 59 et 60; leg. 11, *ff. de Comm. prœd.* « *Iter nihil prohibet sic constitui ut quis interdiù duntaxat eat, quod ferè circà urbana prædia necessarium est.* » — (4) *V.* Desgodets, sur l'art. 216 de la *Coutume de Paris*, n° 4, 440; Lalaure, page 60. — (*a*) Comp. Caen, 27 août 1842, Journ. du Palais, tome 1. 1843, page 205

faut prononcer en faveur du fonds servant, et ne donner qu'un passage à pied : *quod minimum sequendum est* (1).

661. Le droit d'ouvrir des jours ou des vues, accordé indéfiniment à celui qui projette de faire bâtir, lui confère la faculté d'ouvrir toutes les fenêtres nécessaires pour éclairer ou embellir sa maison et les édifices qui en dépendent, de donner à ces fenêtres la forme et la grandeur qu'il juge convenables, parce que telle a été vraisemblablement l'intention des parties.

Mais après les édifices achevés, la possession, l'état des lieux, déterminent l'étendue de la servitude, et le propriétaire ne pourrait plus multiplier ses fenêtres ni même les agrandir.

662. Une fois l'usage et le mode des servitudes déterminés par le titre ou par la possession, il n'est permis ni au propriétaire du fonds dominant, ni à celui du fonds servant, de rien innover à l'ancien état des lieux (2).

L'un ne peut rien faire qui tende à diminuer l'usage ou l'étendue de la servitude; l'autre ne peut faire aucun changement qui la rende plus onéreuse (702).

Mais tout ce qui n'aggrave point la condition du fonds servant est permis.

663. De plus, quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user (696).

Ainsi, la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui, emporte nécessairement le droit de passage comme un accessoire (696) (3).

Ainsi encore, celui à qui une servitude est due a droit de faire, mais à ses frais, tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver (697). Il a même le droit, en cas de nécessité, de passer, pour faire ces ouvrages, sur les parties du fonds qui ne doivent pas la servitude (4), ou d'y déposer ses matériaux; mais il doit pas-

---

(1) Basnage, *ubi suprà*.— (2) Domat, livre 1, titre 12, section 2, n° 12.—[*Comp.* rej. 15 janvier 1834; Sirey 34, 1, 491; Dalloz, 34, 1, 41; rej. 17 novembre 1840, Journal du Palais, tome 1, 1841, page 131; Paris, 21 août 1841, Journal du Palais, tome 2, 1841, page 229; Bordeaux, 16 juin 1841, Journal du Palais, tome 2, 1841, page 336. Bordeaux, 15 janvier 1842, Journal du Palais, tome 1, 1842, page 388.]— (3) Lalaure, pages 60, 74 et 300; leg. 3, § 3, *ff. de servit. præd. rust.*; leg. 40, § 1, *ff. de Contrah. empt.* Il en est de même de l'usufruit. Leg. 1, §§ 1 *et* 2, *ff. Si usuf. pet.*— (4) Leg. 11, *ff. Comm. præd.*, leg. 3, §§ 11, 14 *et* 15; leg. 3, § 1, *ff. de Itin. actuq. priv.* Si quelqu'un m'a légué ou accordé un chemin, *iter*, par lequel je ne puis passer sans y faire des ouvrages, je puis fouiller la terre, y creuser, élever, aplanir, faire enfin tout ce qui est nécessaire pour le rendre praticable. Leg. 10, *ff. de Servit.* Si le propriétaire du fonds servant avait un arbre qui rendît le passage impossible ou incommode, le propriétaire du fonds dominant pourrait s'en plaindre. Leg. 4, § 5, *ff Si servit vind.* 8, 5

ser sur la partie la moins incommode au propriétaire, et réparer le dommage que le passage pourrait occasionner.

664. On peut néanmoins, en établissant la servitude, imposer pour condition que celui à qui elle est due ne pourra faire aucuns ouvrages, aucunes réparations (1), ou déterminer la manière dont les ouvrages seront faits.

665. Ces ouvrages sont aux frais du propriétaire du fonds dominant (2), parce qu'ils sont faits pour son utilité (698), et parce que la nature des servitudes consiste en ce que le propriétaire du fonds servant est obligé de souffrir ou de ne pas faire, et non point de faire quelque chose (*a*).

L'autorité du jurisconsulte Servius avait fait admettre, à Rome, une exception à ce principe général, relativement à la servitude d'appui, *oneris ferendi;* il pensait que le mur qui sert d'appui devait être réparé par le propriétaire, et non par celui à qui la servitude est due.

Le jurisconsulte Gallus, l'ami de Cicéron, pensait, au contraire, qu'il ne fallait faire aucune exception au principe; et son opinion paraît consacrée par l'art. 698 du Code civil, qui porte en général, et sans exception, que les ouvrages nécessaires pour user de la servitude, et pour la conserver, sont aux frais de celui à qui elle est due (*b*).

A moins que le titre d'établissement ne dise le contraire; et, dans ce cas-là même, le propriétaire du fonds servant pourrait toujours se dégager de cette obligation, en abandonnant la propriété du fonds asservi (699), ou de la partie de ce fonds qui doit la servitude (3).

666. Car la partie du fonds asservi sur laquelle s'exerce la servitude n'en appartient pas moins au propriétaire du fonds soumis à la servitude, et le propriétaire du fonds dominant n'a que le droit d'en user : *Loci corpus non est domini ipsius cui servitus debetur, sed jus eundi habet* (4).

---

(1) *Fieri potest ut qui jus eundi habeat et agendi, jus reficiendi non habeat, quia in servitute constituendâ cautum sit ne ei reficiendi jus sit, aut sic ut si velit reficere, usquè ad certum modum reficiendi jus sit.* Leg. 3, § 14 *de Itin. actuq. priv.* — (2) Leg. 6, § 2. *Si servit. vind.;* leg. 15, § *unic., ff. de Servit.* — (*a*) Le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude peut même, lorsqu'il y a un intérêt légitime, forcer le propriétaire de la servitude à réparer et entretenir les objets au moyen desquels elle s'exerce. Pardessus, Servitudes, n° 57; rej. 29 novembre 1827; Dalloz, 28, 1, 308. — (*b*) *Sic* Zachariæ, tome 2, § 253, note 3. *Secùs* Duranton, tome 5, n° 503. — (3) *V.* Maleville, sur l'art. 688, page 148. *V.* ci-après section 5, § 4. — (4) Leg. 4, *ff. Si servit. vind.*, Domat, liv. I, tit. 12, sect. 1, n° 15.

## SECTION V.

*Comment les servitudes s'éteignent*

SOMMAIRE.

666 *bis*. Division de la section

666 *bis*. Les servitudes s'éteignent,

1° Par la confusion;

2° Par la renonciation à la servitude de la part de celui à qui elle est due, ou autrement par la remise expresse ou tacite et présumée de son droit;

3° Par le rachat volontaire ou forcé (1);

4° Par l'abandon de la portion du fonds qui doit la servitude;

5° Par la résolution du droit de celui qui l'avait constituée;

6° Par l'expiration du temps pour lequel elle était accordée, ou par l'événement de la condition résolutoire;

7° Par la ruine du fonds qui la doit ou à qui elle est due, ou par un changement tel qu'on ne puisse plus user de la servitude.

8° Par la prescription résultant du non-usage, ou de la possession de liberté pendant le temps requis pour la prescription

### § I.

**De la confusion**

SOMMAIRE.

666 *ter*. La confusion se fait par la réunion totale des deux fonds dans la même main.

667. Les acquêts de communauté ne l'opèrent point.

668. Elle cesse par l'événement d'une condition résolutoire, ou par l'éviction de l'un des fonds.

669. *Quid*, si l'héritier pur et simple vend l'universalité de la succession?

670. Les servitudes éteintes ne revivent que par la destination du père de famille.

666 *ter*. « Toute servitude est éteinte par confusion, lorsque le « fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la « même main (705). »

Car personne ne peut se devoir une servitude à soi-même : l'exercice de la servitude devient alors l'exercice du droit de propriété.

Si le propriétaire de l'un des héritages n'acquérait l'autre qu'en

(1) Comme dans le cas de la servitude de pacage ou droit de pâturage, dont l'art. 8 de la sect. 4 du titre 2 de la loi du 6 octobre 1791 a permis le rachat, contre la nature des servitudes. — (2) *V.* le *Répertoire*, v° Servitude, § 32.

partie ou en commun, avec une autre personne, la confusion ne s'opérerait pas. Par exemple, si le fonds que nous acquérons en commun devait une servitude à votre fonds ou au mien, cette acquisition n'éteindrait ni l'une ni l'autre des servitudes, parce que nos droits particuliers sont distincts de nos droits communs (*a*).

667. Ainsi, lorsque deux époux sont en communauté, les acquêts qu'ils font ne se confondent point avec les fonds propres à chacun d'eux. Si les acquêts sont revendus pendant la communauté, les servitudes actives et passives, existant antérieurement à l'acquisition, continuent de subsister sans qu'il soit besoin de les rétablir; car elles n'ont jamais été éteintes.

668. Si la réunion ne s'était faite que sous une condition résolutoire, ou si elle cessait par une éviction légale, la résolution du titre de réunion, par l'une de ces deux causes, ferait revivre les servitudes, qui étaient plutôt suspendues qu'éteintes.

Ainsi, l'exercice du réméré, ou l'événement d'une autre condition résolutoire, l'éviction d'une succession par un héritier plus proche, l'abandon ou délaissement par une hypothèque, etc., font revivre les servitudes actives et passives.

L'acceptation pure et simple de l'hérédité opère la confusion s'il n'y a qu'un seul héritier, mais non l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

669. Si l'héritier, après l'addition pure et simple, vend l'universalité de la succession, ou son *quidquid juris*, les servitudes revivent; car la vente d'une succession comprend tout ce qui en provient, et rien au-delà (1).

670. Hors les cas ci-dessus exprimés, et autres semblables, les servitudes éteintes par confusion ne peuvent plus revivre que par une nouvelle constitution, à l'exception des servitudes continues et apparentes, à l'égard desquelles la destination du père de famille vaut titre (692—694) (*b*).

---

(*a*) Ou plutôt parce que l'existence du droit de l'autre copropriétaire a conservé la servitude *Si partem prædii nactus sim* (dit Paul, L. 30, *ff. de Servitud. præd. urb.*) *quod mihi aut cui ego serviam non confundi servitutem placet, quia pro parte servitus retinetur. Itaque si prædia mea prædiis tuis serviant, et tuorum partem mihi et ego meorum partem tibi tradidero, permanebit servitus. V.* aussi L. 34, *ff. de servit. præd. rust.* — (1) *V.* le *Répertoire*, v° Servitude, § 32, où l'opinion contraire de Lalaure est réfutée. — [Ou plutôt, *quia id agitur ut quasi tu hæres videaris extitisse* L. 9, *ff. Comm. præd.*, etc.] — (*b*) Comp. la note du n° 613

## § II.

### De la renonciation ou de la remise volontaire, expresse ou tacite, de la servitude par celui à qui elle est due.

SOMMAIRE.

671. Les servitudes s'éteignent par la remise expresse ou tacite.
672. La remise expresse est bornée à ce qui s'y trouve exprimé. Exemples.
673. De la remise tacite.
674. Le consentement tacite aux ouvrages qui empêchent la servitude, en opère-t-il la remise?
675. Si le propriétaire par indivis peut remettre la servitude.

671. Il n'est pas douteux que celui qui peut disposer de la propriété de son fonds peut, à plus forte raison, disposer de la servitude qui lui est due, et en faire la remise ou l'abandon; car la servitude étant l'obligation d'un fonds envers un autre, cette obligation peut s'éteindre par la remise volontaire du créancier, suivant le principe commun à toutes les obligations (1234).

Cette remise peut être expresse ou tacite.

672. La remise expresse est bornée à ce qui s'y trouve clairement exprimé; car on n'est pas facilement présumé renoncer à ses droits.

S'il était dû plusieurs servitudes; par exemple, si votre maison était assujettie à ne pas être élevée plus haut, et à recevoir les eaux de la mienne, si je vous permets de l'élever plus haut sans désigner la hauteur, vous n'êtes pas libéré de la servitude d'égout, et vous ne pourrez élever votre maison à une hauteur qui empêcherait les eaux de la mienne d'y tomber, parce que la remise d'un droit ne peut préjudicier à l'autre (1).

Si je ne vous ai permis d'élever votre maison qu'à 2 mètres, la servitude subsiste au-dessus de cette hauteur.

673. La remise est tacite, lorsque celui à qui la servitude est due permet de faire sur le fonds servant des ouvrages qui en supposent l'anéantissement, parce qu'ils en empêchent l'exercice; par exemple, s'il permet d'enclore de murs le champ qui lui doit un passage.

674. Il n'existe à cet égard aucun doute, lorsque la permission est expresse et donnée par écrit; mais lorsqu'elle n'est que tacite et présumée, c'est-à-dire lorsqu'au lieu d'être donnée verbalement ou par écrit, il résulte seulement des faits prouvés ou reconnus, que le propriétaire du fonds dominant a consenti aux ouvrages qui le privent de la servitude, son droit est-il éteint par ce consentement tacite?

(1) Voët, *in Pandect.*, lib. 8, tit. 6, n° 5; il en donne d'autres exemples; Domat, liv. 1, tit. 12, sect. 4, n° 8.

Le Code ne contient aucune disposition positive sur cette question, qui doit se résoudre par le principe général admis dans le droit romain (1), et reconnu par nos plus grands jurisconsultes (2), que la tolérance du voisin fait présumer son consentement aux ouvrages qui ont été faits à son vu et su; car, comme le dit fort bien d'Argentré, *ex scientiâ præsumitur consensus.*

Mais il faut prouver que le voisin a eu des ouvrages une connaissance telle, que son silence et le défaut d'opposition supposent nécessairement son consentement (3).

Encore faut-il excepter le cas où il n'a pas compris le préjudice que lui causerait l'ouvrage auquel il ne s'est pas opposé : *Sed hoc ità si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit. Nulla enim errantis est voluntas.* Leg. 20, *ff. de Aquâ, etc.*

Par exemple, s'il a laissé élever à son vu et su une digue qui empêche les eaux de son fonds de s'écouler sur celui du voisin, sans comprendre qu'elle pourrait les faire refluer sur le sien d'une manière nuisible; l'expérience d'une année pluvieuse lui prouve combien cet ouvrage lui est préjudiciable; il peut en demander la démolition.

La décision dépend donc des circonstances, et il était sage d'abandonner cette question à la prudence des tribunaux, sans la décider par une loi : il suffit des principes généraux sur la remise des obligations.

Ceux qui prétendent que l'extinction de la servitude ne peut avoir lieu que dans le cas où le consentement aux ouvrages qui en supposent la remise est donné par écrit (4), n'ont peut-être pas fait attention à l'injustice frappante des conséquences de cette opinion.

La maison de mon voisin est assujettie, envers celle que j'habite, à ne pouvoir être élevée plus haut. Publiquement et sous mes yeux, il la fait, à grands frais, élever d'un étage, qui rend ma maison moins claire, moins agréable; cependant je garde le silence, et je continue à vivre en bonne intelligence avec lui pendant vingt-neuf ans. Après ce long délai expiré, nous nous brouillons, et je prétends lui faire démolir sa maison pour la baisser d'un étage, parce qu'il n'a pas prescrit la libération de la servitude par trente ans révolus. Cette prétention est évidemment contraire à l'équité.

L'ancienne jurisprudence (5), d'accord avec la raison, ne m'ac-

(1) *Si patiente vicino opus faciam ex quo ei aqua nocet, non teneri me aquæ pluviæ arcendæ.* Leg. 19, *ff. de Aquâ, etc.* — (2) D'Argentré, sur l'art. 371 de l'*ancienne Coutume de Bretagne;* Dunod. *des Prescriptions,* page 129; Pothier. *Appendice au contrat de société,* no 238; Voët, *in Pandect.,* lib. 8, tit 6, n 5.— (3) Voët, *ubi suprà,* tit. 5, no 3. — (4) Pardessus, no 428. — (5) Voët, *in Pandect.,* lib. 8, tit. 6, § 5. L'art. 392 de la *Coutume de Bretagne* en avait fait une disposition for-

corde, en ce cas, qu'une indemnité; car si je suis censé avoir fait, par mon silence, la remise de la servitude, je ne puis être censé l'avoir faite gratuitement.

675. Le copropriétaire d'un fonds commun ne peut faire la remise de la servitude qui est due tout entière à l'héritage tout entier (1), mais la remise qu'il aurait faite l'empêcherait de réclamer personnellement l'usage de la servitude.

## § III.

### Du rachat volontaire ou forcé de la servitude

SOMMAIRE.

676. On ne peut forcer à recevoir le rachat des servitudes.
677. La loi force à recevoir le rachat de la servitude de pacage ou pâturage.
678. Comment le prix du rachat est fixé.

676. Les servitudes étant des droits réels, on ne peut régulièrement forcer celui à qui elles sont dues d'en recevoir le rachat, comme celui d'une rente.

Car personne ne peut être contraint à céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique (545).

677. Mais la loi peut déterminer cette cause (2). Nous en avons un exemple dans la loi du 6 octobre 1791, qui, pour favoriser les progrès de l'agriculture, permet le rachat du droit de pacage ou pâturage, *jus pascendi pecoris*, même lorsqu'il est fondé sur un titre.

678. L'art. 8 porte : « Entre particuliers, tout droit de vaine

---

melle. — [J'ai peine à croire que cette opinion puisse être suivie aujourd'hui ? les textes sur lesquels elle était établie et que rappelle M. Toullier ont cessé d'avoir force de loi depuis la promulgation de la loi du 30 ventôse an XII. Nulle part le Code n'exprime que le propriétaire, auquel est due une servitude, doive être présumé y avoir renoncé du moment qu'il a toléré ou laissé faire des ouvrages qui en gênent ou en suppriment l'exercice. Peut-être une disposition, conçue en ce sens, serait-elle raisonnable, mais elle n'existe pas, et je doute qu'il soit possible de la suppléer. Cette opinion, j'en conviens, pourra produire quelques conséquences fâcheuses. Mais ceux qui ont fait les travaux ne sont pas irréprochables. Rien ne leur était plus facile que de se procurer le consentement exprès du propriétaire de la servitude. Au surplus, il n'est pas nécessaire que ce consentement ait été donné par écrit : il suffit qu'il soit bien constant qu'il est intervenu. En cas de contestation on pourra recourir à l'aveu ou même à la délation du serment.]

(1) *Tota in toto, et tota in quâlibet parte fundi dominantis activè et servientis passivè.* Dumoulin, *Tract. de divid et indiv.*, no 87, et *nov. Intellect.* 5 leg. no 85, tome 3, *oper.*, page 321 — (2) Merlin, *Questions de droit*, vo Vaine pâture.

« pâture, fondé sur un titre, même dans les bois, sera rachetable à « dire d'experts, suivant l'avantage que pourrait en retirer celui « qui avait ce droit, s'il n'était pas réciproque, ou eu égard au « désavantage qu'un des propriétaires aurait à perdre la récipro- « cité, si elle existait. »

## § IV.

### De l'abandon du fonds servant.

SOMMAIRE.

679. L'abandon du fonds éteint la servitude, même lorsque le titre oblige le propriétaire du fonds servant à faire des ouvrages.
680. S'il faut abandonner la totalité du fonds assujetti, ou seulement la partie sur laquelle s'exerce la servitude.

679. L'abdication ou l'abandon du fonds assujetti éteint de plein droit la servitude, de quelque nature qu'elle soit; car la confusion s'opère par cet abandon, que le propriétaire du fonds dominant ne peut refuser. La propriété des deux fonds se trouve donc réunie en sa personne.

L'art. 656 en offre un exemple, en autorisant le copropriétaire d'un mur mitoyen à délaisser son droit de mitoyenneté, pour se dispenser de contribuer aux réparations.

L'art. 699 a rendu général le principe de l'abdication, en donnant à celui qui doit la servitude, lors même qu'il s'est obligé par le titre à faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour en user, la faculté de s'affranchir de cette charge, en abandonnant *le fonds assujetti* au propriétaire du fonds auquel la servitude est due.

680. Mais faut-il abandonner *le fonds assujetti* en entier, ou suffit-il d'abandonner la partie sur laquelle s'exerce la servitude?

Cette question peut être très importante.

J'ai un mur de 15 toises de longueur, sur lequel mon voisin a le droit d'appuyer ses poutres, et le titre m'oblige de réparer le mur pour supporter le fardeau; mais les poutres ne sont placées que dans les extrémités du mur, et dans l'étendue de 15 pieds seulement.

Mon voisin a le droit de passer par mon champ, et je suis obligé de faire les ouvrages nécessaires pour entretenir et réparer le chemin de servitude, qui est pratiqué à l'une des extrémités du champ.

Dans l'une et dans l'autre de ces espèces, puis-je, pour me libérer de la charge des réparations, abandonner seulement les 15 pieds de mur où les poutres sont placées, et la partie du champ où

le passage est pratiqué, ou suis-je obligé d'abandonner les 15 toises du mur, et la totalité du champ, qui contient 10 hectares.

L'art. 699 dit qu'il faut abandonner *le fonds assujetti*; expression générale qui semble indiquer qu'il faut abandonner la totalité. On pourrait ajouter que, par un principe souvent cité en cette matière, la servitude est due par toutes les parties de l'héritage servant, et qu'elle est, comme l'hypothèque, *tota in toto, et in quâlibet parte, tàm activè quàm passivè* (1).

Nonobstant ces raisons, M. Maleville pense, avec raison, qu'il suffit d'abandonner la partie de l'héritage sur laquelle s'exerce la servitude. Le principe, qu'elle est due par tout l'héritage, est faux en une foule de cas, *fallit*, et notamment lorsque, comme le propriétaire du fonds servant est toujours en droit de le demander, l'endroit sur lequel la servitude doit s'exercer a été déterminé. La preuve s'en tire de la loi même sur laquelle on fonde le principe (2) : *Si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur; quæ ità diffusa est, ut omnes glebæ serviant.*

*At si iter actusve sine ullâ determinatione legatus est, modò determinabitur, et quâ primùm iter determinatum est, eâ servitus constitit; cæteræ partes agri liberæ sunt, igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet.*

Si toutes les autres parties du fonds demeurent libres, on n'est point obligé de les abandonner pour se libérer de la charge des réparations; car le Code n'exige l'abandon que *du fonds assujetti*, dont la propriété, avant l'abandon, appartenait au propriétaire du fonds (*a*)

## § V.

**De la résolution du droit de celui qui avait constitué la servitude.**

SOMMAIRE.

681. La résolution du droit de celui en faveur de qui la servitude est constituée n'en opère point l'extinction.

682. Examen de la maxime *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.* Distinctions et applications à des exemples.

681. La résolution du droit de celui en faveur de qui la servitude

(1) Dumoulin, *nov. Intell. quat. leg.* n° 35, tome 3, *oper.*, page 521. Il fonde ce principe sur les lois 13 et 23, *ff. de Servit. præd. rustic.*— (2) Leg. 13, *ff. de Servit. præd. rustic*, § 1. — (*a*) *Sic* Duranton, tome 5, n° 615. Zachariæ, tome 2, § 253. — *Secùs* Delvincourt, tome 1, note 6 de la page 173. Pardessus, tome 2, n° 316.

a été constituée, n'en opère point l'extinction, à moins que le droit ne fût attaché à sa personne ou établi seulement pour un temps.

Si j'ai stipulé une servitude en faveur d'un fonds dont j'étais possesseur et réputé propriétaire, ou dont je n'avais qu'une propriété révocable, la servitude subsiste après la révocation de mon droit, parce que c'est au fonds qu'elle est due et non à ma personne, et que j'avais droit de la stipuler (1), puisque j'y avais intérêt, et que, par cette stipulation, je n'ai point nui aux droits de celui qui me succède, puisqu'il peut toujours abandonner la servitude ou en faire la remise.

682. La résolution du droit de celui qui avait consenti ou constitué la servitude, exige un examen plus approfondi, à cause de la maxime connue, que la résolution du droit de celui qui a donné, emporte la résolution du droit de celui qui a reçu.

Maxime qui a toujours causé beaucoup d'embarras; car si elle est vraie en certains cas, elle est absolument fausse en une foule d'autres.

On distinguait ordinairement les cas où la résolution du contrat est l'effet d'une cause volontaire, de la part du détenteur de l'héritage qui en est l'objet, et le cas où elle est opérée par une cause nécessaire; et l'on disait qu'en ce dernier cas, la résolution du droit du cédant emportait celle du droit de ses ayant-cause;

Mais non pas dans le premier, parce qu'il ne peut dépendre du cédant d'enlever à des tiers, par son fait, des droits qui leur sont légitimement acquis.

On a observé (2) que cette distinction manque d'exactitude, et on lui a substitué les règles suivantes :

Si la résolution du droit du possesseur est l'effet d'une cause nécessaire, inhérente au contrat, les servitudes, les hypothèques et les aliénations doivent s'évanouir, et être regardées comme non avenues.

Quant aux résolutions dont on peut imputer la cause au possesseur, il faut distinguer entre celles qui sont l'effet *direct et immédiat* de sa volonté, et celles qui n'en sont que l'*effet indirect et éloigné*.

Ces règles sont vraies et exactes; mais il n'est pas toujours facile de distinguer cet effet direct et immédiat de l'effet indirect et éloigné: il faut donc s'en tenir à la règle si raisonnable dont toutes les dispositions du Code, sur l'effet des résolutions et des rescisions de contrats, ne sont que des conséquences.

---

(1) Wolf. *Jus nat.*, 5e part., § 1391; leg. 11, *ff. Quemad. servit. amitt.*; Pothier, *Coutume d'Orléans*, tit. 13, no 15. — (2) Merlin, *Questions de droit*, vo Résolution.

Personne ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même.

*Nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse habet.* Loi 54, *ff. de R. J.*

C'est sur ce principe que l'art. 2125 du Code veut que « ceux qui « n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou « résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne puissent con- « sentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou *à la « même rescision.* » (*Junge*, art. 2182).

Cette disposition doit, par identité de raison, être étendue aux servitudes établies, et même aux aliénations faites par celui qui n'avait qu'un droit résoluble ou sujet à rescision.

Ainsi, lorsque la vente est résolue par l'effet de la condition ou du pacte de rachat, le vendeur reprend l'héritage exempt de toutes les charges et hypothèques dont l'acquéreur l'aurait grevé (1673).

Ainsi, dans le cas de révocation d'une donation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentrent dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire, et le donateur a, contre les tiers détenteurs des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même (954).

Ainsi, dans le cas d'une vente consentie sous la condition qu'elle sera nulle, si, dans trois mois ou tel autre délai, le vendeur trouve un prix supérieur, les charges créées pendant les trois mois s'évanouissent par l'événement de la condition. Leg. 4, § 3, *ff. de Addict. in diem;* leg. 3, *ff. Quib. mod., pign. solv.*, conformes à l'art. 1183 du Code, qui veut que la clause résolutoire remette les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

Ainsi, la servitude imposée par l'héritier, sur un héritage légué sous condition, s'évanouit par l'événement de la condition. Leg. 11, *ff. Quemadmod. servit. amitt.*

Ainsi, dans la donation faite sous la condition du retour au donateur, en cas de prédécès du donataire et de ses descendans, l'événement de la condition fait évanouir les servitudes imposées par le donataire (952).

Ainsi, les servitudes concédées par un grevé de restitution ou de substitution, s'évanouissent à l'ouverture de la substitution.

Il n'est même pas nécessaire que la condition soit exprimée dans le contrat; il suffit qu'elle y soit sous-entendue par la loi.

Ainsi, la révocation des donations par survenance d'enfans, entraîne la résolution de toutes les charges et hypothèques du chef du donataire (963).

Ainsi les immeubles recouvrés par l'effet de la réduction des do-

nations, demeurent libres des charges créées par le donataire (929).

Ainsi, la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement (1184). Par exemple, si l'acheteur ne paie pas le prix convenu, le vendeur peut demander la résolution de la vente (1654); et si elle est résolue, les charges créées par l'acquéreur s'évanouissent.

Si l'événement de la condition qui résout le contrat ne dépendait que de la volonté de celui qui a constitué la servitude, elle subsisterait nonobstant la résolution. Par exemple, si celui qui n'a acquis que sous la condition de se départir, s'il le veut, de l'acquisition dans un délai convenu, constituait une servitude, et usait ensuite de la faculté réservée par le contrat, son changement de volonté n'anéantirait point le droit légitimement acquis à un tiers (1). Il ne reste au vendeur que la ressource de forcer l'acquéreur, qui veut lui remettre l'héritage, à le décharger de la servitude, ou de refuser la remise, tant que la décharge ne sera pas effectuée.

La rescision (2) de l'acte qui avait conféré la propriété de l'héritage à celui qui a concédé la servitude, éteint le droit du cessionnaire, comme la résolution par l'événement de la condition. Ainsi, la rescision pour lésion d'outre-moitié, pour erreur, dol ou violence, etc., fait rentrer l'héritage dans la main de l'ancien propriétaire, libre des hypothèques et servitudes qu'y avait imposées celui dont le contrat est rescindé. Ces servitudes sont soumises à la même rescision (2125) (3).

Si la résolution opérée par l'événement de la condition, ou par la rescision, entraîne l'extinction des servitudes imposées par celui dont le droit est résolu, il faut en dire autant, à plus forte raison, de la résolution du droit de ceux qui n'avaient qu'une propriété putative, tels que le possesseur annal, le parent saisi d'une succession, dont il est évincé par un parent plus proche du défunt, etc., etc.

Si, au lieu d'être résolu par l'événement d'une condition, ou par l'effet d'une rescision dont la cause est inhérente au contrat, le droit de celui qui a constitué la servitude était résolu par l'effet de sa volonté, ou par suite d'un fait imputable à lui seul, les servitudes continueraient d'exister, quand même on aurait négligé d'en parler dans l'acte qui a opéré la mutation de propriété.

Par exemple, si le propriétaire vend, donne, échange, etc., l'héri-

---

(1) Leg. 3, *ff. Quib. mod. pign. vel hyp. sol.*; Merlin, *Questions de droit*, vo Résolution, page 60, 1re édition. — (2) Art. 2125. — (3) V ce que nous avons dit tome 7, nos 548 et 549, pages 720 et suiv.

tage vendu, donné, échangé, passe au nouveau propriétaire, avec les servitudes actives et passives, *même* non apparentes (1638) Le vendeur n'a pu céder à l'acquéreur plus de droits qu'il n'en avait lui-même.

Si l'héritage est saisi et vendu judiciairement par expropriation forcée, les servitudes, créées antérieurement au titre de créance, en vertu duquel l'expropriation est faite, subsistent, comme dans la vente volontaire. La justice ne fait que prêter son ministère pour faire ce que le saisi devait faire lui-même. Ainsi l'adjudication ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits que ceux qu'avait le saisi (1).

Si l'héritage est confisqué en punition d'un crime du propriétaire, les servitudes subsistent également (2). La confiscation demeure même grevée des dettes personnelles du propriétaire qui l'a subie, jusqu'à concurrence des biens confisqués; mais aujourd'hui la confiscation est abolie par la Charte.

Si l'héritier constitue des servitudes sur les biens de la succession, dont il est ensuite déclaré déchu pour cause d'indignité, les servitudes subsistent, malgré la résolution de son droit opérée par le jugement qui prononce sa déchéance.

Si la donation est révoquée pour cause d'ingratitude, cette révocation, fondée sur un fait qui n'est imputable qu'au donataire seul, ne préjudicie ni aux hypothèques, ni aux autres charges réelles qu'il aurait pu imposer sur les biens, pourvu que ce soit antérieurement à l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la demande en révocation, en marge de la transcription de l'acte de donation (958).

Si le propriétaire déguerpit, dans le cas où le déguerpissement peut avoir lieu, les servitudes et les hypothèques qu'il avait constituées subsistent même après qu'il a déguerpi (3); sauf à celui qui reçoit le déguerpissement de forcer celui qui veut le faire à décharger l'héritage, ou à refuser le déguerpissement, tant que la décharge ne sera point effectuée.

Le propriétaire ne peut, par un déguerpissement volontaire, priver un tiers d'un droit légitimement acquis.

Il faut en dire autant du délaissement par hypothèque, qui n'anéantit point les servitudes créées avant le délaissement.

---

(1) Code de procédure, art. 731; loi du 11 brumaire an VII, art. 25, sur les expropriations forcées.—[*V.* art. 717 C. p. c. L'art. 703 ne s'applique qu'au cas de quelque événement de la nature ou d'un fait licite de la part d'un tiers. Zachariæ. tome 2, § 255.]— (2) Leg. 23, § 2, *ff. de Servit. præd. rustic.*; Code des délits et des peines, art. 38. — (3) Loiseau, du *Déguerpissement*, chap. 1, n° 10, et chap. 3, n° 6; Pothier, du *Contrat de bail à rente*, n° 355, Merlin, *Questions de droit*, v° Résolution.

Cependant, comme l'hypothèque des créanciers est antérieure à leur création, s'ils prétendent qu'elles diminuent la valeur de l'héritage, ils peuvent le faire vendre libre de toute servitude, sauf l'action en indemnité de l'acquéreur de la servitude contre le délaissant.

Mais si cette condition de liberté n'est point exprimée dans les conditions de la vente, les servitudes créées par le délaissant continueront d'être dues par l'adjudicataire de l'héritage délaissé.

## § VI.

**De l'expiration du temps et de l'événement de la condition resolutoire.**

683. Nous avons vu, sect. 3, § 1, qu'on peut établir des servitudes temporaires, c'est-à-dire pour un temps limité, ou sous la condition que dans tel cas ou tel événement elles seront éteintes. Lorsque le temps déterminé pour la durée de la servitude est expiré, que la condition est accomplie, ou l'événement arrivé, la servitude s'éteint de plein droit.

## § VII.

**De la ruine ou du changement arrivé au fonds qui doit la servitude, ou à qui elle est due.**

SOMMAIRE.

681. La ruine de la chose entraîne l'extinction de la servitude principale et de l'accessoire.
685. La servitude revit, si les choses sont rétablies.
686. Si la prescription court pendant que dure l'obstacle.

684. Les servitudes cessent, lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user (703), comme si le fonds dominant et le fonds servant viennent à périr; s'ils sont submergés; si la maison qui doit la servitude, et celle à qui elle est due, sont incendiées ou démolies; si, entre la maison grevée de la servitude *altius non tollendi*, et celle en faveur de laquelle la servitude était établie, on a construit un édifice plus élevé.

Il en serait de même si la cause de la servitude cessait; par exemple, si la source où j'avais droit de puiser de l'eau venait à tarir, je ne perdrais pas seulement mon droit de puisage, je perdrais encore le droit de passer sur le fonds voisin, parce que ce droit de passage

n'était qu'un accessoire du droit de puisage, et que l'accessoire ne peut subsister lorsque le droit principal est éteint (1).

685. Mais les servitudes revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user, à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude (704).

Ainsi, lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen, ou une maison démolie ou incendiée, les servitudes actives et passives se continuent, à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison (2), sans toutefois qu'elles puissent être aggravées, et pourvu que la reconstruction se fasse avant que la prescription soit acquise (665).

686. Nous examinerons, dans le paragraphe suivant, si la prescription court, lorsqu'il n'est pas au pouvoir de celui à qui la servitude est due de faire cesser l'obstacle qui l'empêche d'en user.

## § VIII.

### Extinction par le non-usage ou par la prescription.

SOMMAIRE.

687. Toutes servitudes, sans exception, se prescrivent par le non-usage pendant trente ans.
688. Seule prescription admise par le Code en cette matière.
689. L'extinction par le non-usage est fondée sur l'abandon présumé
690. Le non-usage n'opère point la libération, si le propriétaire du fonds dominant ne peut faire cesser l'obstacle.
691. Le Code n'a point dérogé à ce principe.
692. S'il faut que l'acte contraire ait été fait par le propriétaire du fonds servant.
693. Point d'abdication ni de possession de liberté, si le propriétaire du fonds dominant ne peut faire cesser l'obstacle. Exemples.
694. C'est au titre des prescriptions qu'il faut recourir pour savoir quand elles sont suspendues.
695. Le propriétaire de l'édifice servant qui est détruit, ne peut pas, en ne le rétablissant qu'après trente ans, s'être libéré des servitudes.
696. Il est libéré, si la maison dominante a été démolie pendant plus de trente ans.
697. De l'édifice élevé entre la maison assujettie et la dominante.
698. Prescription du mode de la servitude,
699. Tant pour l'acquisition que pour la libération.
700. L'usage d'un droit plus étendu, mais de même nature, conserve le moins étendu.
701. Différence entre faire plus et faire autre chose.
702. Application des principes à des exemples.
703. Si la servitude n'est pas limitée par le titre, un seul acte d'usage la conserve illimitée, et pourquoi.

(1) *Si qua servitus debetur, per consequentiam ità ut sine hâc accessoriâ principalis foret inutilis, amissâ principali accessoria quoque amittur*, Wolf, 5e part. §1418. — (2) Leg. 20, § 2, *ff. de Servit. præd. urban.*

704. Les subtilités sont nécessaires et fondées en raison, quand elles servent à distinguer des choses réellement différentes.
705. Deux personnes peuvent conserver leur droit l'une pour l'autre.
706. On peut conserver son droit par autrui.
707. Un mineur contre lequel la prescription ne court pas, conserve le droit de ses consorts.
708. Réunion de la possession pour ou contre le successeur à titre singulier.
709. Les vestiges conservent le droit.
710. Inutilité de la doctrine abstruse de l'indivisibilité des servitudes.

687. La prescription qui tend à la libération des servitudes est plus favorable que celle qui tend à les acquérir. Le Code n'a point fait, relativement à leur libération, de distinction entre les servitudes continues et apparentes, et les servitudes discontinues et non apparentes; toutes, sans exception, se perdent par le *non-usage* (706).

La différence qui existe entre elles, à cet égard, n'est relative qu'à l'époque à laquelle la prescription doit commencer, époque qui varie selon les diverses espèces de servitude, comme nous le verrons bientôt.

688. Le temps nécessaire pour opérer la libération des servitudes par le non-usage est le même que pour leur acquisition par prescription, c'est-à-dire trente ans (706).

L'art. 25 de la loi du 11 brumaire an VII, sur les expropriations forcées, voulait que « *les droits de passage, droits de vue, et les* « *autres services fonciers occultes, même ceux patens, dont l'exer-* « *cice n'est point continu,* » fussent prescrits par dix ans, si, dans le cas d'une expropriation forcée de l'héritage servant, ces droits n'avaient point été réservés dans l'état des charges de l'adjudication.

Dans plusieurs coutumes qui rejetaient l'acquisition des servitudes par prescription, on admettait néanmoins que l'acquéreur d'un héritage sujet à des droits de servitude, en acquérait l'affranchissement par le laps de dix ans, lorsqu'elles ne lui avaient pas été déclarées, et que l'usage avait cessé pendant ce temps.

Mais l'art. 2264 du Code porte que les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le tit. 20 du liv. 3, sont expliquées dans les titres qui leur sont propres. Or, au titre des servitudes, le Code ne parle que de la prescription de trente ans, soit pour l'acquisition, soit pour la libération des servitudes : on ne peut donc, en cette matière, invoquer d'autre prescription que celle de trente ans.

689. L'extinction des servitudes par le non-usage est fondée (1)

(1) Wolf, *Jus nat.*, 5e part, §§ 1409 et 1410

sur l'abandon présumé de son droit, de la part de celui à qui il est dû.

Si le non-usage vient de son fait ou de sa négligence; s'il a cessé d'user de son droit pendant un si long temps, sans en avoir été empêché par un obstacle qu'il ne fût pas en son pouvoir de faire cesser, il est raisonnable de présumer qu'il a renoncé à son droit, surtout étant averti par la loi des suites de sa négligence (*a*).

690. Mais si le non-usage provient d'une force majeure, d'un obstacle ou d'un fait qu'il n'a pu prévenir ou faire cesser, il n'y a plus à lui

(*a*) La jurisprudence paraît fixée en ce sens. *V.* Paris, 25 août 1834; Sirey, 35, 2, 134; Dalloz, 35, 2, 1, Orléans 21 déc. 1835; Sirey, 36, 2, 5. Rej. 20 déc. 1836, Sirey, 37, 1, 145; Dalloz, 37, 1, 24; Journ. du Palais, t. 1, 1837, p. 46. Rej. 28 mars 1837; Sirey, 37, 1, 506; Dalloz, 37, 1, 286; Journ. du Palais, t. 2, 1837, p. 12. Limoges, 14 fév. 1837, Sirey, 37, 1, 506 (en note); Journ. du Palais, t. 1, 1837. p. 414. Rej. 16 avril 1838, Sirey, 38, 1, 756; Dalloz, 38, 1, 216; Journ. du Palais, t. 2, 1838, p. 241 Bordeaux, 29 mai 1838, Sirey, 38, 2, 342; Dalloz, 38, 2, 169, Journ. du Palais, t. 2, 1838, p. 331 Aix, 24 déc. 1840, Journal du Palais, tome 2, 1841, p. 58. Cette opinion est-elle bien exacte? Il est permis d'en douter. L'art. 706 dispose que la servitude est prescrite par le non-usage pendant trente ans. Mais cet article n'est point applicable dans l'espèce. Il est relatif à la prescription à l'effet de se libérer des servitudes, tandis qu'il s'agit ici d'une prescription à l'effet d'acquérir la propriété pleine et entière d'un immeuble. Cette distinction a été signalée de la manière la plus claire par Pothier, *Traité des prescriptions*, n° 139: « L'acquéreur de servitudes soit personnelles..., soit prédiales, dit-il, en acquiert par cette prescription (celle de dix ou vingt ans) l'affranchissement, lorsqu'elles ne lui ont point été déclarées, et qu'il n'en a eu aucune connaissance pendant tout le temps de la prescription, ceux qui avaient ces droits de servitude n'en ayant point usé pendant ledit temps. En vain, opposerait-on que par l'art. 186 (*Coutume de Paris*), il est dit que la liberté des servitudes se peut acquérir contre le titre par le temps de trente ans : donc, dirait-on, elle ne peut s'acquérir par un moindre temps; elle ne peut donc être sujette à la prescription de dix ou vingt ans. Je réponds que la prescription de trente ans, qui fait acquérir la liberté des servitudes dont il est parlé dans l'art. 186, est la prescription à l'effet de se libérer qui résulte uniquement du non-usage de la servitude, et qui en fait acquérir la libération, même à ceux qui les auraient constituées ou à leurs héritiers. Ce n'est que de cette espèce de prescription qu'il est parlé en l'art. 186, qui n'a rien de commun avec la prescription de l'art. 114, qui résulte de la possession qu'un acquéreur de bonne foi a eue d'un héritage qu'il a possédé comme franc des droits de servitude dont il était chargé. » Cette doctrine, qui du reste est tout à fait conforme aux vrais principes, s'applique parfaitement aujourd'hui. En effet, les art. 706 et 2265 du Code ne sont que la copie exacte des dispositions précitées de la *Coutume de Paris*. Elle est d'ailleurs confirmée de la manière la plus formelle par l'art. 2180 au titre des priviléges et des hypothèques. Vainement on oppose que l'art. 2264 empêche que le possesseur de bonne foi puisse se prévaloir de la prescription de dix ou vingt ans, que le Code au titre des servitudes ne permet d'invoquer que la prescription de trente ans? Cette objection est suffisamment réfutée, par ce qui précède. Encore une fois, les règles établies au titre des servitudes, soit pour les acquérir, soit pour s'en libérer par la prescription, sont tout à fait étrangères à l'espèce proposée. Concluons donc que l'acquéreur d'un héritage, sujet à des droits de servitude, en a prescrit la propriété pleine et entière par le laps de dix ans, lorsqu'il a ignoré l'existence de ces servitudes et que l'usage en a cessé pendant ce temps. Telle est, au reste, l'opinion de M. Duranton, tome 5, n° 691; Troplong, *Traité des prescriptions*, n° 856; Delvincourt, tome 1, note 7 de la page 174; Zachariæ, tome 2, § 255.

imputer ni faute ni négligence; on ne peut raisonnablement présumer qu'il ait renoncé à un droit qu'il était dans l'impossibilité d'exercer.

C'est par ces motifs de justice naturelle que, suivant les dispositions du droit romain (1) si l'usage de la servitude a été supprimé sans le fait de celui à qui elle est due, par un obstacle qu'il n'a pu prévoir et qu'il ne peut faire cesser, elle est rétablie du moment où les choses sont remises dans l'état primitif, quoique d'ailleurs le temps intermédiaire ait été assez long pour en opérer l'extinction.

691. Un auteur d'un grand poids (2) a pensé que le Code civil a dérogé à ce principe si juste et si raisonnable: Il a cru que, malgré l'impossibilité d'user de la servitude, le temps de la prescription court pendant que dure l'obstacle qui en empêche l'usage.

Nous oserons proposer nos doutes contre cette opinion, qui ne nous paraît pas résulter des dispositions du Code.

L'art. 706 porte que « la servitude est éteinte par le non-usage « pendant trente ans. »

L'art. 703, que « les servitudes cessent lorsque les choses se « trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user. »

L'art. 704, qu'elles « revivent, si les choses sont rétablies de « manière qu'on puisse en user, à moins qu'il ne se soit déjà « écoulé un espace de temps suffisant *pour faire présumer l'extinc-* « *tion de la servitude*, ainsi qu'il est dit à l'art. 707. »

L'art. 707, que « les trente ans commencent à courir, selon les « diverses espèces de servitudes, ou du jour où l'on a cessé d'en « jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues, ou du jour où il « a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de ser- « vitudes continues. »

Enfin, l'art. 665 dit aussi que « lorsqu'on reconstruit une mai- « son, les servitudes actives et passives se continuent à l'égard de « la nouvelle maison....., pourvu que la reconstruction se fasse « avant que la prescription soit acquise. »

Il nous paraît évident que, dans aucune de ces dispositions, on n'a dérogé aux règles générales sur l'interruption ou sur la suspension des prescriptions; elles sont au contraire implicitement rappelées dans l'art. 704, qui exige, pour l'extinction des servitudes, un temps suffisant *pour la faire présumer*.

Sans doute, si le propriétaire du fonds dominant néglige d'user de la servitude, sans que rien s'oppose à l'exercice de son droit, ou si l'obstacle qui l'en empêche est de nature qu'il soit en son pouvoir

(1) *Vid.* Voët, *in Pandect.*, lib. 8, tit. 6. nº 4; Lalaure, *Traité des servitudes*, pages 43, 71, 72 et 84; Domat, liv. 1, tit. 12, sect. 6, nºs 1 et 4; avec la note; Maleville, tome 2, page 158. — (2) Maleville, *ubi supra*.

de le faire cesser, soit par son propre fait, par exemple, en rétablissant sa maison, à laquelle la servitude était due, soit par les voies judiciaires, en faisant ordonner la démolition des ouvrages qui s'opposent à son exercice, dans tous ces cas, qui sont les plus ordinaires, il est raisonnable de présumer que le propriétaire a renoncé à son droit. On trouve réunies les deux conditions requises pour la prescription :

Abdication présumée d'un droit qu'il a négligé d'exercer, quoiqu'il fût libre de le faire;

Possession de liberté (1) continue de la part du propriétaire du fonds servant, sur lequel la servitude a cessé d'être exercée.

Ainsi la possession doit courir sans interruption, suivant l'art. 707, du jour où l'exercice de la servitude a cessé, s'il s'agit de servitudes discontinues, telles que les droits de passage, puisage, pacage, etc.

Ou bien du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues, telles que les égouts, les vues, la prohibition de bâtir ou de ne bâtir qu'à une certaine hauteur.

692. L'art. 707 n'exige même pas que l'acte contraire à la servitude ait été fait par le propriétaire du fonds servant, pour que ce fonds soit clairement constitué en possession de liberté. Par exemple, si le propriétaire de l'édifice dominant a fait supprimer les gouttières qui portaient l'eau sur le fonds voisin, et en a fait établir d'autres qui la font couler sur le sien; s'il a fait supprimer ses fenêtres de manière qu'il n'en reste pas de vestiges capables de retenir la possession, etc., dès lors le fonds voisin est constitué en état de liberté (2), et la prescription commence à courir du jour de ces ouvrages achevés.

---

(1) Cette possession de liberté est requise, pour la libération des servitudes, par la loi 18, § 2, *ff. Quemad. servit. amitt.*; par la loi 6, *ff. de Servit. prædi. urban. Si vicinus simul libertatem usucapiat*, dit cette dernière loi. — (2) M. Maleville pensait ainsi sur l'article 707, page 156; mais M. Pardessus, n° 417, page 439, 1re édition, pense que l'acte contraire doit être fait par le propriétaire du fonds assujetti, et qu'il ne suffit pas qu'il provienne du fait de celui à qui est due la servitude. Il cite la loi 6, *ff. de Serv. præd. urban.* Mais outre que la disposition de l'art. 707 est générale, la loi citée ne dit pas qu'il est nécessaire que l'acte contraire à la servitude soit fait par le propriétaire du fonds servant, mais seulement qu'il est nécessaire qu'il soit constitué en possession de liberté, *si vicinus simul libertatem usucapiat.* Ainsi, pour perdre la servitude *tigni immittendi*, il ne suffit pas que les poutres soient retirées du mur; il faut que les trous où elles étaient placées soient bouchés. Il ne suffit pas de boucher ses fenêtres ou de les tenir fermées, pour perdre la servitude *altiùs non tollendi*; il faut que le voisin se soit mis en possession de liberté, en élevant sa maison, *alioquin si nihil novi feceris retineo servitutem.* Mais la loi ne dit point que si les trous du mur avaient été bouchés par le propriétaire du fonds dominant, la servitude serait conservée. Enfin, l'art. 707 n'exige point que l'acte contraire à la servitude soit fait par le propriétaire du fonds servant; il suffit qu'il soit clairement constitué

693. Mais si le propriétaire du fonds dominant est empêché d'user de la servitude par un obstacle qu'il n'a pu prévenir ni faire cesser, il n'y a plus ni abdication présumée de sa part, ni possession de liberté de la part du propriétaire de l'héritage servant : ainsi, la prescription ne peut ni courir ni s'opérer.

Par exemple si la source où j'ai droit de puiser vient à tarir, mon droit cesse; mais si elle renaît, quoique après le temps requis pour la prescription, *post constitutum tempus* (1), les lois romaines décident que la servitude revit, parce qu'il n'y a eu de ma part ni faute ni négligence, et qu'on ne peut m'imputer de n'avoir pas usé de la servitude pendant que l'usage en était impossible.

On ne peut pas dire non plus que le propriétaire de la source ait été en possession de la liberté, puisqu'il a été privé de son droit de propriété sur la source tarie, comme moi de mon droit de servitude.

Posons encore le cas où la servitude a cessé, parce que le fonds servant a été envahi par les eaux de la mer. Si elles ne se retirent qu'après le temps fixé pour la prescription, les lois romaines veulent que la servitude soit rétablie, par la raison (2) que la propriété était perdue par l'inondation, aussi bien que la servitude, et que si la propriété est rétablie par la retraite des eaux, la servitude doit également être rétablie. Dans le cas de l'inondation, comme dans le cas où la source a tari, il n'y a ni possession de liberté de la part du propriétaire du fonds servant, ni présomption d'abdication du droit par le non-usage, puisque le propriétaire était dans l'impuissance de l'exercer (3).

694. On ne voit dans le Code civil aucune disposition contraire à des décisions si sages. L'art. 704 dit seulement que la servitude qui a cessé, parce que les choses se trouvaient en tel état qu'on ne pouvait plus user du droit, ne revit pas, si les choses ne sont rétablies dans l'état primitif qu'après le temps suffisant pour faire *présumer* l'extinction de la servitude, ou, comme dit l'art. 665, après que la prescription est acquise.

Mais quand l'extinction est-elle présumée? quand la prescription

---

en état de liberté. — [ *V.* dans le sens de M. Toullier, Delvincourt sur l'art. 706; Duranton, tome 5, n° 685, Zachariæ, tome 2, § 255.]

(1) Leg. 34, § 1; leg. 35, *ff. de Servit. præd. rust.* — (2) Leg. 23 et 24, *ff. Quemad. usuf. amit.*; leg. 14. *ff. Quemad. servit. amit.*; Voët, *in Pandect*, lib. 8, tit. 6, n° 4.— (3) M. Maleville, sur l'art. 2243, pense que l'inondation du fonds survenue après la possession commencée, n'interrompt pas la prescription, parce que le propriétaire conserve la possession civile, suivant le principe que si l'on ne peut acquérir la possession par l'intention seule, on peut la conserver par la seule intention. Mais si le propriétaire du fonds inondé conserve la possession par la seule intention, pourquoi le propriétaire de la servitude ne la conserverait-il pas de la même manière?

est-elle suspendue ? C'est une question que n'ont point traitée les art. 665, 704 et 707, parce qu'elle appartient à la matière des prescriptions. C'est aux principes généraux sur cette matière qu'il faut recourir pour la décider.

Il nous paraît donc que le Code n'a rien changé à la doctrine des jurisconsultes romains, et qu'il faut poser avec eux, en principe, que le temps requis pour opérer la libération des servitudes par la prescription, ne court point lorsque le non-usage provient d'un obstacle que n'a pu ni prévenir ni faire cesser le propriétaire du fonds dominant, et qu'on ne peut lui imputer.

695. L'application de ce principe résout toutes les difficultés. Si, par exemple, l'édifice servant vient à s'écrouler, s'il est incendié ou démoli, le propriétaire ne peut, en le rétablissant après trente ans, nuire aux servitudes existantes avant qu'il fût détruit (1), parce qu'il n'était pas au pouvoir de celui à qui les servitudes étaient dues de l'obliger à rétablir l'édifice avant les trente ans (2); et l'on ne peut pas dire que le propriétaire de la maison détruite fût en possession de liberté pendant qu'elle n'existait plus.

696. Au contraire, si, pendant que la maison dominante était démolie, la maison grevée de la servitude *altiùs non tollendi* a été exhaussée, et qu'elle ait demeuré trente ans dans cet état, en faisant rétablir la maison démolie, le propriétaire ne peut plus réclamer les servitudes, parce qu'il était en son pouvoir de ne pas les laisser perdre par le non-usage, en rétablissant sa maison avant trente ans (3).

697. Si, entre les deux maisons, il existe un fonds libre intermédiaire, sur lequel on construit un édifice plus élevé, la servitude cesse, et le propriétaire de la maison asservie peut l'exhausser sans que celui à qui la servitude est due l'en puisse empêcher, parce qu'il n'y a plus d'intérêt.

Si la maison intermédiaire est détruite avant les trente ans, la servitude est rétablie; le propriétaire de la maison assujettie doit s'imputer d'avoir imprudemment exhaussé sa maison.

Si, au contraire, il s'est écoulé trente ans avant la démolition de l'édifice intermédiaire, la servitude est éteinte par la prescription (4);

(1) Leg. 18, § 2, *ff. Quemad. servit. amit.*; leg. 20, § 2; leg. 31, *ff. de Servit. præd urban.*; Voët, *in Pandect.*, lib. 8, tit. 5, nº 4. — (2) Maleville, sur l'art. 704, page 135, pense, après Dunod, que la servitude est éteinte, parce que le propriétaire du fonds dominant pouvait obliger le propriétaire du fonds servant à le mettre en état. On voit, par les autorités que cite Dunod, qu'il s'agit ici de la servitude d'appui, *oneris ferendi*, dans laquelle, suivant le droit romain, on pouvait obliger le propriétaire du mur servant à faire les réparations nécessaires pour l'usage de la servitude; ce qui n'a plus lieu, d'après la disposition générale de l'article 698, comme l'enseigne M. Maleville sur cet article. —(3) Voët, *ubi suprà*. — (4) Lalaure, page 71 et 72, et Domat, liv. 1, tit. 12,

le propriétaire de la maison dominante est en faute de n'avoir pas acquis la même servitude sur le fonds intermédiaire, ou d'avoir acquis une servitude qu'un tiers pouvait faire cesser malgré lui : c'est un fait qu'il pouvait prévoir et qu'il doit s'imputer. Ainsi cette décision dérive encore du principe ci-dessus établi (*a*).

Dans les cas très rares où, par le titre constitutif d'une servitude discontinue, elle ne peut être exercée qu'à des époques fixes, par exemple, une fois chaque semaine, chaque mois, chaque année, au temps de la moisson ou de la vendange, tous les deux ans, tous les cinq ans, etc., les lois romaines voulaient que la servitude ne pût

---

sect. 6, art. 4, pensent le contraire, mais la loi 6, *ff. Si servit. vind.*, décide que la servitude n'est conservée dans ce cas que lorsque l'édifice intermédiaire est démoli, *intrà statutum tempus*. Nous suivons la décision de cette loi, et l'opinion de Voët, *ubi suprà*, parce qu'elles sont plus conformes au principe et à la disposition de l'art. 704 du Code civil.

(*a*) Dans les numéros qui précèdent, depuis et y compris le n° 689, M. Toullier a cherché à justifier les deux propositions suivantes : 1° que le non-usage qui vient du fait ou de la négligence de celui à qui est due la servitude en opère l'extinction; 2° qu'il en est autrement si le non-usage provient d'une force majeure, d'un obstacle ou d'un fait qu'il n'a pu faire cesser. La première proposition est incontestable ; la seconde au contraire est aujourd'hui sérieusement contestée. Je dis *aujourd'hui*; car, ainsi que l'explique M. Toullier, sous l'empire du droit romain, dont les principes paraissent avoir été, sur ce point, adoptés par l'ancienne jurisprudence, il était hors de doute que les servitudes devaient revivre si les choses étaient rétablies de manière qu'on pût en user, encore bien que le temps intermédiaire eût été assez long pour en opérer l'extinction. *V.* L. 34, § 1, 35, *ff. de Servit. præd. rusticorum.* L. 14. *ff.* et L. 18, § 2. *Quemad. servit. amitt.* Le Code a-t-il voulu maintenir cette doctrine? Rappelons les textes : l'art. 702 dispose que « les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user.» L'art. 704 que « elles revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user; » puis il ajoute, « à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit à l'art. 707. » Aux termes de l'art. 706, cet espace de temps est de trente ans, lesquels, d'après l'article suivant, commencent à courir, selon les diverses espèces de servitudes, ou du jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues, ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues. Maintenant peut-on dire que ces dispositions ne sont applicables qu'autant que celui auquel la servitude est due n'a pas été empêché de l'exercer par un obstacle qu'il n'a pu prévenir ou faire cesser? Cela me semble fort difficile. Les termes de l'art. 704 sont précis. Ils ne comportent point cette limitation. D'ailleurs l'esprit dans lequel il a été rédigé l'exclut de la manière la plus formelle. Voici, en effet, comment s'exprimait le rapporteur du tribunat : « La raison seule dicte que les servitudes doivent cesser, lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user; et si cet état vient à changer, si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user, la raison dicte encore qu'elles doivent revivre. » Puis, il ajoutait : « *Mais la liberté naturelle des héritages réclamerait contre l'effet de ce retour au premier état, s'il pouvait avoir lieu après une durée de temps indéfinie, et n'avoir d'autre terme que ce retour. C'est donc avec justice que le projet déclare que la servitude ne peut plus revivre, lorsqu'il s'est écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit dans l'art. 707 ci-après.* » Des explications aussi nettes dispensent de tout commentaire

s'éteindre par le non-usage qu'en doublant le temps pour la prescription.

Nos auteurs français n'étaient pas d'accord sur le point de savoir s'il fallait adopter cette décision (1). Cette question devient inutile aujourd'hui par la disposition du Code, qui fixe à trente ans, sans aucune distinction, le temps requis pour l'extinction des servitudes par le non-usage.

698. Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière (708).

Le mode de la servitude est la manière d'en user, prescrite par le titre constitutif (2).

Par exemple, à l'égard d'une servitude de passage, le mode de passer à pied seulement, ou à cheval, ou avec voiture, etc., de n'y passer que le jour ou la nuit, à telle heure, et non à telle autre, etc.

699. La prescriptibilité du mode des servitudes est un principe fécond qui s'applique à l'acquisition comme à l'extinction des servitudes, en distinguant néanmoins, à l'égard de l'acquisition, entre les servitudes continues et apparentes, qui peuvent s'acquérir sans titre par la prescription, et les autres servitudes, qui ne peuvent s'acquérir par la seule possession, même immémoriale.

Le vrai sens de l'article est donc que toutes les servitudes, de quelque espèce qu'elles soient, continues ou discontinues, peuvent être diminuées par la prescription;

Et que les servitudes continues et apparentes peuvent seules être augmentées par ce moyen.

700. Si j'ai joui d'un droit plus étendu que celui que m'accordait mon titre, si j'ai fait plus qu'il ne me permettait, j'ai, dans tous les cas, conservé mon droit : le moins est compris dans le plus.

Mais je n'ai pas prescrit le surplus (3), et je puis toujours être forcé de réduire l'usage de la servitude, conformément au titre, à

(1) *V.* Leprêtre, article 2, chapitre 63, no 5; Dumoulin, sur l'article 454 de la *Coutume d'Anjou;* d'Argentré, sur l'art. 271 de *l'ancienne Coutume*. col. 1259; Domat, liv. 1, tit. 12, sect. 6, no 7; Lalaure, page 74, etc. — (2) *Modum adjici servitutibus posse constat; veluti quo genere vehiculi agatur vel non agatur, vel ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur. Intervalla dierum et horarum, non ad temporis causam, sed ad modum pertinent, jure constitutæ servitutis.* Leg. 4, §§ 1 et 2, *ff. de Servit.* — (2) Voët, *in Pandect.*, lib. 8, tit. 6, nos 9 et 12. « *Is cui via vel actus debebatur, ut vehiculi certo genere uteretur, alio genere fuerat usus, videamus ne amiserit servitutem; et alia sit ejus conditio, qui ampliùs oneris quàm licuit, vexerit. Magisque hic plus, quàm aliud egisse videatur, sicuti latiore itinere usus esset, aut si plura jumenta egerit quàm licuit, aut aquæ admiscuerit aliam; ideòque in omnibus istis quæstionibus servitus quidem non amittitur; non autem conceditur plus quàm pactum est, in servitute habere.* » Leg. 11, *ff. Quemad. servit. amitt.* Cujas s'est trompé sur le sens de cette loi, et a induit Dunod en erreur, *V.* Dunod, page 298.

moins qu'il ne s'agisse d'une servitude continue et apparente, prescriptible sans titre.

Si j'ai joui d'un droit moins étendu que mon titre, la servitude, de quelque nature qu'elle soit, est réduite à ce qui en est conservé par la possession, pendant le temps suffisant pour prescrire (1).

701. Si j'ai usé de la servitude d'une manière contraire à mon titre, et qui n'est pas renfermée dans la manière qu'il prescrivait, j'ai perdu la servitude qui m'était accordée, sans avoir acquis par la prescription le mode d'en user contraire à mon titre, à moins qu'il ne s'agisse d'une servitude continue et apparente; car je n'ai pas seulement fait plus que mon titre ne permettait, j'ai fait autre chose : or, il est bien différent de faire plus ou de faire autre chose (2).

Enfin, en vertu du même principe, si j'ai usé d'une autre servitude que celle qui m'était accordée sans user de celle-ci, je l'ai perdue par le non-usage de trente ans, sans acquérir celle dont j'ai usé, si c'est une servitude discontinue ou non apparente.

702. Ces principes s'éclaircissent par des exemples. Titius m'a accordé le droit d'ouvrir deux fenêtres de 6 pieds de hauteur sur son jardin; je n'en ai ouvert qu'une seule de 4 pieds : après trente ans, le surplus du droit est prescrit par le non-usage, en faveur de Titius (*a*).

Au contraire, il ne m'avait accordé le droit d'ouvrir qu'une seule fenêtre de 4 pieds; j'en ai ouvert deux de 6 pieds de hauteur; j'ai prescrit le surplus du droit, par la possession non interrompue de trente ans, parce qu'il s'agit d'une servitude continue et apparente, prescriptible sans titre.

J'avais sur le mur de Titius, long de 100 mètres, la servitude *altius non tollendi;* il a élevé son mur dans l'étendue de 50 mètres. Après trente ans, il a prescrit contre la servitude, mais seulement pour la partie du mur qui a été exhaussée : le surplus reste assujetti, parce qu'il n'y a de possession de liberté que pour 50 mètres (1). La partie même du mur qui a été exhaussée ne peut pas l'être davantage; par exemple, si elle a été exhaussée d'un mètre, elle ne peut l'être d'un second mètre : *Tantum præscriptum, quantùm possessum* (*b*).

---

(1) Domat, liv. 1, tit. 12. sect. 6, no 5. — (2) *Itaque differentia est inter aliud facere et plus facere. Qui aliud facit servitutem amittit non utendo; qui plus facit, servitutem non amittit.* Cujas, *in leg.* 11, *ff. Quemad. servit. amit.* — (*a*) Comp. toutefois Caen, 1er mars 1839, Sirey, 39, 2, 298; Dalloz, 39, 2, 200.— (1) Dunod, *des Prescriptions*, page 299; Serres, *Institutions au droit français*, page 147; Lalaure, *des Servitudes*, pages 77 et 81. — (*b*) Cette décision est vraie en règle générale, mais elle me paraît exprimé d'une manière trop absolue. Je crois, en effet, qu'on ne devrait pas l'appliquer dans le cas où l'exhaussement qui a été

Titius m'avait accordé le droit de passer sur son champ, mais à pied seulement. J'ai passé à cheval et en voiture pendant trente ans : mon droit de passage à pied est conservé, parce que le passage à pied est contenu dans le passage à cheval; mais je n'ai pas prescrit le droit de passer à cheval et en voiture, parce que c'est une servitude discontinue qui n'est pas prescriptible par la seule possession sans titre.

« Si, ayant deux fontaines dans votre héritage, vous m'avez accordé le droit de puisage sur la fontaine A, et que je n'aie, pendant trente ans, puisé qu'à la fontaine B, j'ai perdu mon droit de puisage sur la fontaine A; sans avoir acquis de droit sur la fontaine B. (1).

Si mon titre me donne le droit de puiser de l'eau pendant la nuit seulement, et que je n'en aie puisé que pendant le jour; mon droit est prescrit (2), et je n'ai pas acquis celui d'en puiser pendant le jour, puisqu'il s'agit d'une servitude discontinue.

Il en est de même de l'espèce inverse, si le titre n'accorde le droit que pendant le jour, et qu'on n'en ait usé que pendant la nuit (3).

Mais au lieu d'un droit de puisage, s'il s'agissait d'une conduite d'eau, ou d'une autre servitude continue apparente, en perdant le droit limité par mon titre, j'en aurais acquis un autre, par la possession de trente ans.

Si celui qui avait un droit de puisage s'était borné au passage, qui en est l'accessoire, il aurait perdu son droit. (4).

703. Si la servitude n'est pas limitée par le titre, et, comme nous l'avons dit *suprà*, n° 648, cette limitation ne se présume point, l'usage qu'on en aurait fait pendant la nuit conserverait le droit d'en

---

prescrit supprime complétement la servitude établie, de telle façon que l'exhaussement réitéré ne cause aucun dommage nouveau au fonds à qui la servitude était due.

(1) *Si quis aliâ aquâ usus fuerit quàm de quâ in servitute imponendâ actum est, servitus amittitur.* Leg. 18, § 1, *ff. Quemad. servit. amitt.* — (2) *Si is qui nocturnam aquam habet interdiù per constitutum ad amissionem tempus usus fuerit, amisit nocturnam servitutem, quâ usus non est. Idem est in eo, qui certis horis aquæ ductum habens, aliis usus fuerit; nec ullâ parte earum horarum.* Leg. 10, § 1, *ff. Quemad. servit. amitt. Si diurnarum et nocturnarum horarum aquæ ductum habeam, non possum aliâ horâ ducere quàm quâ jus habeam ducendi.* Leg. 2, *ff. de Aquâ quotidianâ et æstivâ.* — (3) *V.* Lalaure, liv. 1, chap. 12, page 75, M. Pardessus, *Traité des servitudes*, n° 411, trouve ces décisions des jurisconsultes romains trop rigoureuses; il pense qu'il faut les rejeter, parce qu'elles lui paraissent tenir plus au respect servile des mots qu'à la bonne foi. Il nous paraît qu'elles ne sont que des conséquences du principe établi et consacré par l'art. 708 du Code, et qu'il faut s'y tenir. Il est dur de n'avoir qu'une opinion à opposer aux grands jurisconsultes romains. *V.* d'Aguesseau, 13e mercur., tome 1, page 157. — (4) Labeo *ait : « Si is qui haustum habet, per tempus quo servitus amittitur ierit ad fontem, nec aquam hauserit, iter quoque eum amisisse.* Leg. 17, *ff. Quemad. servit. amittit.*

user pendant le jour, parce qu'un seul acte d'exercice de la servitude la conserve tout entière, indéfinie et non limitée, telle qu'elle était; car, suivant l'art. 707, ce n'est que du jour du dernier acte de la jouissance que court la prescription de la servitude.

Mais si l'usage de la servitude, pendant la nuit seulement, avait été accordé par une première concession, et que, par une seconde, l'usage en eût été accordé pendant le jour, ces deux concessions seraient considérées comme deux servitudes, dont l'une pourrait se perdre par le non-usage pendant trente ans, quoique l'autre fût conservée.

Cette différence entre les servitudes limitées par le titre, et celles qui ne le sont pas, peut paraître subtile; mais elle est vraie et fondée en raison; elle vient de ce que celui qui, par exemple, avait par son titre un droit de passage limité à la nuit, ne fait pas usage de son droit quand il passe pendant le jour; il ne fait qu'un acte précaire, un acte fondé sur la tolérance, et que le propriétaire du fonds servant peut empêcher; au lieu que celui qui a un droit de servitude illimité, à quelque heure qu'il passe, n'en use pas moins de son droit, et par conséquent n'est pas exposé à le perdre.

704. Les subtilités sont nécessaires en jurisprudence, quand elles ne consistent qu'à distinguer des espèces réellement différentes, quoique les différences exigent de l'attention pour être aperçues (1).

705. Si deux personnes qui avaient sur le même héritage un droit de servitude limitée, pour en jouir, l'une pendant le jour, l'autre pendant la nuit (2), étaient convenues de changer leurs heures, de manière que celle qui avait le droit d'en user pendant le jour n'en usât que pendant la nuit, *et vice versâ*, elles conserveraient leur droit l'une pour l'autre.

706. Car il n'est pas nécessaire d'user par soi-même, pour conserver les servitudes, elles se conservent par l'usage qu'on en fait par ses amis, ses fermiers, ses ouvriers, par l'usufruitier du fonds dominant, en un mot, par quiconque en use comme d'une chose due, quand même il serait possesseur de mauvaise foi (3).

A plus forte raison, l'un des copropriétaires par indivis conserve la servitude, en l'exerçant seul (709); car il est censé l'exercer pour tous : d'ailleurs, la servitude est due à tout l'héritage, et à chacune

(1) C'est la remarque d'un philosophe célèbre, qui avait approfondi toutes les sciences, et même la jurisprudence, Wolf, *Jus. nat.*, 9e part., § 127. « *Qui « subtilitates juris contempserit, is in multis cæcutit, nec nisi alienis oculis videt, in « aliis hæsitat, in aliis cæpistat. Quamdiù distinguuntur quæ diversa sunt, de subtili- « tatibus temerariæ sunt querelæ.* » — (2) Leg. 5, § 1, *ff. de Aquâ quotid. et æstiv.* — (3 Domat, liv. 1, tit. 11, sect. 1. nº 19. Voët, *in Pandect.*, lib. 8, tit. 6, nº 9, *Licèt malæ fidei possessor sit, retinetur servitus.* Leg. 24, *ibid.*

de ses parties. Or, tandis que l'indivision subsiste, on ne peut indiquer aucune partie du fonds qui n'appartienne pas à chacun des copropriétaires ; ils ont *totum in toto, et totum in quâlibet parte* (*a*).

707. Il en résulte que si, parmi les copropriétaires, il s'en trouve un, tel, par exemple, qu'un mineur, contre lequel la prescription n'ait pu courir, il aura conservé le droit pour tous les autres.

708. Lorsque les héritages servant ou dominant changent de propriétaire, soit à titre singulier, soit à titre universel, le temps de la prescription qui avait couru contre le premier propriétaire, soit pour l'acquisition, soit pour la libération de la servitude, se joint au temps (1) qui a couru contre ses successeurs (2235).

709. Il faut remarquer que les servitudes ne s'éteignent point par la prescription, tandis qu'il subsiste des vestiges des ouvrages établis pour en user. Ces vestiges conservent le droit, suivant la maxime (2) *signum retinet signatum*.

J'avais le droit d'appuyer ma poutre sur votre mur, je l'ai ôtée ; je conserve mon droit, tandis que subsiste le trou où elle était placée, et la prescription ne courra contre moi que du jour où il aura été bouché (3).

Ainsi, une fenêtre, un acqueduc, conservent le droit de servitude, quoiqu'on n'en use pas.

Une porte pratiquée pour exercer un droit de passage (4), en conserve le droit, quoique l'ouverture d'une porte ne fût pas suffisante pour établir la servitude, par la destination du père de famille, parce que la conservation d'une servitude établie par un titre, est beaucoup plus favorable que l'établissement de la servitude.

---

(*a*) Sur la maxime rappelée par M. Toullier. *V.* la note du n° 183. — (1) Donat, section 6, § 8; leg. 18, § 1, *ff. Quemad. servit. amitt.* Vid. Voët, *ubi suprà*, n° 8, où il résout l'objection tirée de la loi 32, § 1, *ff. Servit. præd. urban.*, qui est contraire, et réfute la solution de Cujas, qui distingue entre les servitudes urbaines et rustiques. La vraie solution est qu'il faut distinguer les temps. Lalaure, page 77, avait suivi Cujas sans le citer. — (2) D'Argentré, *in art.* 271, n° *Sans titre*, n° 9, col. 1256; Dunod, pages 295 et 296; Lalaure, page 77; Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 6, page 247, n° 80. Il donne en exemple une porte pratiquée pour l'exercice d'un droit de passage. — (3) Leg. 6, *vers. item si, ff. de Servit. præd. urban.* — (4) M. Pardessus, page 525 de la 4e édition, pense qu'une porte ouverte pour l'exercice du droit de passage, ne suffirait pas pour conserver le droit. Nous préférons l'opinion de Duparc-Poullain, ci-dessus cité. — [La maxime *signum retinet signatum* ne se trouve point formulée dans le Code; du moins si elle s'applique encore aujourd'hui, il convient de la restreindre aux servitudes continues qui se conservent tant qu'il n'a pas été fait l'acte contraire à la servitude. Quant aux autres elles se perdent par le non-usage pendant trente ans, lesquels courent du jour où l'exercice de la servitude a cessé, art. 706 et 707. Or, peut-on dire qu'un signe de servitude équivaut à l'exercice de cette servitude? La négative me paraît certaine. Je crois donc avec M. Pardessus qu'une porte ouverte pour l'exercice d'un droit de passage ne suffirait pas pour conserver le droit.]

710. Nous avons, comme le Code civil, passé sous silence la doctrine abstruse de l'indivisibilité des servitudes; doctrine dont tout le génie du grand Dumoulin n'a pu entièrement aplanir les difficultés. Il nous a paru qu'elle était inutile pour résoudre les questions qu'on avait coutume d'y rattacher, en ce qui concerne les servitudes, et qu'on en trouve la solution dans les principes plus simples d'où elle dérive naturellement, et d'où la font dériver des auteurs d'un grand mérite (*a*).

Nous examinerons, dans le troisième livre, la doctrine abstruse de l'indivisibilité des obligations.

## SECTION VI.

*Des actions relatives aux servitudes.*

SOMMAIRE.

711. Des actions confessoires et négatoires.
712. Des actions possessoires et pétitoires.
713. L'action possessoire est toujours admise pour les servitudes continues et apparentes.
714. Mais toutes les terres étant présumées libres, celui qui exerce l'action pétitoire-négatoire n'a rien à prouver; la preuve incombe au défendeur.
715. L'action possessoire n'est point admise pour les autres servitudes,
716. A moins que la possession ne fût fondée sur un titre,
717. Ou qu'elle ne remontât à plus d'un an avant la promulgation du Code.
718. Quels juges connaissent des actions relatives aux servitudes.
719. Qui a le droit de les exercer.
720. Il n'est pas nécessaire de faire inscrire le titre des servitudes comme celui des hypothèques.
721. Mais il doit avoir une date certaine, et il peut être utile de le faire transcrire.
722. Si l'on peut exiger un acte recognitoire de la servitude.

711. Le droit romain distinguait deux sortes d'actions relatives aux servitudes, rangées toutes les deux au nombre des actions réelles, les actions *confessoires* et *négatoires*, dont l'explication ne laissait pas de présenter des difficultés qu'il est inutile d'examiner aujourd'hui.

Ces dénominations sont tirées des conclusions différentes de ces deux actions (1). La *confessoire* est celle par laquelle celui qui prétend un droit de servitude conclut, contre celui qui le trouble dans l'usage qu'il veut en faire, à ce que l'héritage y soit déclaré sujet, et qu'il soit fait défense au défendeur de l'y troubler.

(*a*) *V.* toutefois les notes du nos 706 et 707; Zachariæ, tome 2, § 247, note 4; Duranton, tome 5, nos 466 et suiv. — (1) *Aio jus ex fundo tuo aquam ducendi esse meum. Aio tibi jus non esse altiùs tollere, etc. Vid.* Heinec., *Antiquit.*, lib. 4, § 27.

L'action négatoire est celle par laquelle le propriétaire d'un héritage, qu'on prétend sujet à quelque servitude, demande que son héritage soit déclaré libre, et qu'il soit fait défense à celui qui prétend la servitude d'en user.

Ces dénominations, étrangères à notre législation, ne sont d'aucun usage dans la pratique, et ne donnent aucunes lumières sur la théorie des actions, beaucoup plus simple dans le droit français que dans le droit romain.

712. Les servitudes n'ont chez nous rien de particulier, relativement aux actions. En général, celui à qui une servitude est due, peut exercer les actions accordées à tout propriétaire d'une chose corporelle ou incorporelle, pour la conservation de ses droits, même les actions possessoires.

Mais à l'égard de ces dernières, il faut distinguer entre les servitudes continues et apparentes, qui peuvent s'acquérir par la prescription sans titre, et les servitudes continues non apparentes ou discontinues, qui ne peuvent s'acquérir sans titre.

713. On n'a jamais douté que l'action possessoire ou la complainte ne fût admise, pour les servitudes prescriptibles (1) sans titre : le possesseur annal d'un pareil droit de servitude en est réputé propriétaire. S'il est troublé dans sa possession par le propriétaire du fonds servant, il peut exercer l'action possessoire, et se faire provisoirement maintenir ou réintégrer dans la jouissance de son droit ; il n'a besoin d'invoquer aucun titre autre que la possession : *Possideo quia possideo.*

714. Il ne reste d'autre ressource au propriétaire du fonds servant, que d'exercer l'action pétitoire-négatoire, dans laquelle, à la vérité, il n'a rien à prouver, parce qu'il est relevé de preuves au moyen de la présomption légale que toutes les terres sont libres (2), jusqu'à la preuve du contraire.

Ainsi c'est à celui qui prétend la servitude, quoiqu'il ne soit que

(1) Merlin, supplément aux *Questions de droit*, tome 4, page 177. — (2) Dunod, *des Prescriptions*, 3e et 6e part., page 293, pense que, quand la possession de celui qui prétend la servitude est reconnue, elle fait cesser la présomption de liberté, et il y a beaucoup d'auteurs qui le pensent ainsi ; mais le plus grand nombre enseignent le contraire, et cette dernière opinion est suivie au barreau. *In foro triumphat*, dit Heineccius, *Elem. jur. civ.*, § 1137. *Possessio contrà jus non relevat ab onere probandi*, dit d'Argentré, art. 59, glos. 5, no 3. *Quasi possessio non relevat ab onere probandi in servitute reali.* Dumoulin, *Antiq. cons. Parisiensis*, § 2, glos. 6, no 4, fol. 116, édition de 1576 ; Mascardus, *de Probat., concl.* 1306, *et in Proœm., quæst.* 17, no 9 ; Merlin, *ubi suprà*. — [Ajoutez Zachariæ, tome 1, § 219 ; Grenoble, 14 juillet 1832, Sirey, 33, 2, 11 ; Limoges, 28 juillet 1842, Journ. du Palais, t. 1, 1844, p. 499. *Secùs* Duranton, t 5, n° 641, Delvincourt, tome 1, page 572 ; Pardessus, Servitudes, tome 2. no 330 ; Limoges, 15 février 1837, Sirey, 38, 2, 171 ; Journ. du Palais, tome 1, 1838, page 14[1].

défendeur, à prouver qu'il l'a acquise, soit par titre, soit par la destination du père de famille, qui vaut titre, soit enfin par la prescription ou par la possession de trente ans, dont il peut faire preuve par témoins ou autrement, sauf au demandeur à prouver le contraire. C'est peut-être le seul cas où le fardeau de la preuve soit rejeté sur le défendeur.

715. Quant aux servitudes continues non apparentes, et aux servitudes discontinues, elles ne peuvent s'établir que par titre : la possession, même immémoriale, ne suffit pas pour les établir (691). Cette possession, toujours réputée précaire, ne peut donc servir de fondement à l'action possessoire, fondée elle-même sur ce que la possession étant un moyen d'acquérir, le possesseur est présumé propriétaire, tant que la chose n'est pas revendiquée.

La complainte ne peut donc *ordinairement* être admise pour les servitudes continues non apparentes, ni pour les servitudes discontinues. Ce principe a été confirmé par deux arrêts de la Cour de cassation, des 21 octobre 1807 et 28 novembre 1808 : le premier, relatif à la servitude de puiser, dans une rivière non navigable, de l'eau pour l'usage d'une tannerie, d'y laver les peaux et de les exposer au courant pendant la nuit; l'autre, relatif au droit de puiser de l'eau dans une fontaine.

Dans l'espèce du premier de ces arrêts, il existait des signes apparens de servitude : un escalier et des lavoirs avaient été pratiqués sur le terrain de la dame Marcellot, pour faciliter le puisage de l'eau et le lavage des peaux de Joffrenot. Elle avait supprimé ces ouvrages, dans la possession desquels il demandait à être réintégré.

Ces constructions paraissaient fort anciennes; cependant l'action possessoire fut rejetée, parce qu'il s'agissait d'une servitude discontinue imprescriptible, et que Joffrenot n'ayant point de titre qui pût caractériser une jouissance *pro suo*, sa possession était réputée précaire, et par conséquent incapable de servir de fondement à une action possessoire.

716. Mais nous avons vu *suprà*, n° 629, que le titre coloré rend prescriptibles les servitudes discontinues et non apparentes. Si donc le titre de la servitude était représenté, la possession ne pourrait plus être regardée comme précaire; celui qui jouissait de la servitude la possédait comme un droit réel; il avait la possession exigée par la loi pour prescrire, et par conséquent pour exercer l'action possessoire : il doit donc être maintenu dans sa possession, sans examiner la validité du titre, qui ne peut être discuté que lorsqu'il s'agit du pétitoire.

On ne cumule point le pétitoire avec le possessoire, en représen-

tant ainsi le titre, parce qu'il n'entre en considération que pour fixer les caractères de la possession, sans s'occuper du droit en soi.

Uniquement chargé de statuer sur le possessoire, le juge ne peut prononcer sur la validité du titre; mais il peut et doit en ordonner l'exécution provisoire, s'en servir pour déterminer le caractère de la possession, et maintenir ou réintégrer provisoirement celui qui a une possession annale, accompagnée d'un titre, sous la réserve de tous les droits des parties au fond.

Ces principes ont été consacrés par un arrêt de la Cour de cassation, rendu le 24 juillet 1810, en faveur du sieur Pelleport, contre les sieur et dame Carteret, au sujet d'un droit de passage (1).

717. La possession sans titre d'une servitude discontinue ne peut donner lieu à la complainte, quoique cette possession remonte à plus d'une année, antérieure à la promulgation du Code civil, même dans les pays où, comme en Bretagne, les servitudes discontinues s'acquéraient sans titre, et par le seul effet de la prescription. On pourrait objecter que, dans ce cas, le possesseur annal avait acquis le *droit de possession*, c'est-à-dire le droit d'être provisoirement réputé propriétaire de la servitude, et que ce droit ne peut pas plus lui être enlevé que la propriété même de la servitude, qu'il aurait acquise par la prescription; que la raison de décider est la même dans l'un et dans l'autre cas; qu'on ne peut pas plus lui ôter le droit de possession, acquis avant le Code, que le droit de propriété même de la servitude, acquis avant la même époque, sans donner au Code un effet rétroactif; que si le possesseur pouvait acquérir la propriété de la servitude, par la possession sans titre, la possession annale doit le faire réputer provisoirement propriétaire, et lui donner le droit de se faire maintenir dans sa possession, en exerçant la complainte; car, la question de savoir si la complainte a lieu pour une servitude, est subordonnée à celle de savoir si cette servitude peut s'acquérir par la possession.

Ces raisons m'avaient d'abord (en 1811) porté à penser que s'il était reconnu ou prouvé que le demandeur avait une possession annale, antérieure au Code, la complainte pourrait avoir lieu en Bretagne, même pour les servitudes discontinues.

M. Henrion de Pansey, dans la seconde édition de son *Traité de la Compétence des juges de paix*, imprimée en 1812, adopta une opinion contraire, et ses raisons m'avaient fortement ébranlé. Enfin, deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 17 février 1813 (Sirey;

(1) Rapporté par Sirey, an 1810, 1re partie, page 336, dans les *Questions de droit* de M. Merlin, 3e édition, v° Servitude, § 9; autre arrêt du 6 juillet 1812, Denevers, 1812, page 287. — [*V.* la note du n° 629 *in fine*.]

t. 13, p. 3), l'autre du 3 octobre 1814 (Sirey, t. 15, p. 146), ont fixé la jurisprudence et décidé que la complainte n'est pas recevable, en cas de possession annale antérieure au Code, et continuée depuis (*a*).

Mais si le demandeur, au lieu d'alléguer seulement une possession annale antérieure au Code, soutenait et demandait à prouver que la propriété de la servitude lui était acquise par prescription, avant la publication du Code (691), et que sa possession a continué pendant l'année antérieure au Code, pourrait-il, en ce cas, former l'action de complainte? Nous ne le pensons pas : ce serait cumuler le pétitoire avec le possessoire (*b*).

718. Les actions relatives aux servitudes sont incontestablement des actions réelles, puisqu'elles naissent d'un droit réel. La nature de ces actions est clairement définie par l'art. 526 du Code civil, qui, d'une part, déclare les servitudes immeubles, et de l'autre, qualifie expressément d'immobilières les actions qui tendent à les revendiquer.

Il s'ensuit que les juges de la situation des lieux, sont seuls compétens pour en connaître, suivant l'art. 59 du Code de procédure (1).

719. L'exercice des actions relatives aux servitudes, même au possessoire, n'appartient qu'au propriétaire et non pas au fermier, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation, par un arrêt du 7 septembre 1808 (2), qui cassa un jugement du tribunal civil de Laon, par lequel il était jugé qu'un fermier, comme un propriétaire, a qualité pour intenter l'action possessoire, quand il est troublé dans la possession d'un passage, pour la facilité ou commodité de son exploitation.

Mais l'usufruitier peut intenter les actions relatives aux servitudes dues à l'héritage dont il jouit; car, outre son intérêt personnel, par cela seul qu'il est usufruitier, il est réputé investi par le propriétaire de la qualité de procureur *in rem suam*, pour faire tout ce qu'exige la conservation de la chose soumise à son usufruit (3).

---

(*a*) *V.* aussi Cass., 2 juill. 1823, Sir., 23, 1, 430.— (*b*) Comp. 2 févr. 1820, J. du Palais, à sa date.—(1) Merlin, *Nouv. Rép.*, v° Servitude, § 35, n° 4. Les tribunaux de première instance peuvent-ils en connaître en dernier ressort, lorsque le demandeur évalue ou restreint sa demande à la somme de 1,000 francs, ou lorsque le défendeur prouve que la valeur de la servitude ne vaut pas 1,000 francs? Je ne le pense pas. *V.* le *Nouveau Répertoire*, v° Dernier ressort, § 4.— (2) Rapporté dans le *Nouveau Répertoire*, v° Servitude, § 35, n° 3. — [*V.* aussi *Cass.*, 26 juin 1822, Sirey, 22, 1, 362; Dalloz, 20, 1, 358. Rej. 17 av. 1827 (J. du Palais, à sa date.] — (3) *V.* Merlin, conclusions sur l'arrêt du 15 mai 1809, *ad calcem* du tome 13, *Nouveau Répertoire*, page 567; Voët, sur le Digeste, titre *de Usuf.*, n° 38. — [*V.* aussi Pardessus, tome 2, n° 274. Je ne connais dans le Code aucune disposition qui confère à l'usufruitier le mandat légal de représenter le propriétaire pour tout ce qu'exige la conservation de la chose soumise à l'usufruit. Au contraire, l'art. 614 C. civ. décide que, si pendant la durée de l'usufruit, un tiers commet quelque usurpation sur le fonds, ou attente autrement aux droits du

720. Les servitudes étant des droits réels existant par eux-mêmes, le titre n'en doit pas être inscrit sur des registres publics, comme le titre constitutif des hypothèques, qui ne sont que des droits accessoires, établis pour la sûreté d'une obligation principale. C'est sur ces principes que le ministre de la justice et celui des finances décidèrent, les 7 et 22 mars 1808, que l'inscription d'office, à laquelle le conservateur des hypothèques est tenu par l'art. 2108, ne doit être prise ni pour la réserve d'usufruit, ni pour celle du droit d'usage et d'habitation, par les vendeurs ou donateurs (1).

721. Mais si le titre constitutif d'une servitude était sous seings privés, il deviendrait sans force contre un tiers acquéreur, à moins qu'il n'eût acquis une date assurée par l'un des moyens indiqués dans l'art. 1328.

Si le titre constitutif des servitudes ne doit pas être inscrit au bureau de la conservation des hypothèques, il peut être utile de le faire transcrire, comme les actes de propriété, pour purger les hypothèques des créanciers antérieurs, qui auraient négligé de faire inscrire leurs titres sur le fonds servant. Sans cette transcription, l'inscription des créanciers, postérieurs à la création de la servitude, leur donnerait le droit de faire vendre l'héritage libre des servitudes créées depuis leurs titres.

C'est ainsi que, suivant l'art. 269 de la *Coutume de Bretagne*, on pouvait s'approprier une servitude, en observant les solennités prescrites pour les appropriemens (2).

---

propriétaire, l'usufruitier est tenu de le dénoncer, faute de quoi il est responsable de tout le dommage qui peut en résulter pour le propriétaire. Sans doute, l'usufruitier est tenu de veiller à la conservation de la chose, c'est-à-dire faire en sorte qu'elle ne subisse aucune perte, aucune détérioration, aucune diminution. Mais pour cela, il n'a pas besoin d'agir en vertu d'un prétendu mandat tacite; les droits qu'il tient de sa qualité d'usufruitier suffisent. Ainsi il peut en cette qualité interrompre une prescription, former une action possessoire, exiger le remboursement d'un capital, faire en un mot toute espèce d'actes conservatoires. Le propriétaire profite, il est vrai, de ces actes. Mais faut-il conclure que cela est dû à l'existence d'un mandat tacite? Nullement. Ce qui le prouve jusqu'à l'évidence, c'est que jamais aucun jurisconsulte n'a soutenu que les jugemens rendus contre l'usufruitier fussent opposables au propriétaire : ajoutons qu'en droit romain l'usufruitier était si peu considéré comme un mandataire, que l'indemnité dont il pouvait se trouver tenu envers le propriétaire était exigée au moyen de l'action *ex stipulatu*, dérivant de la promesse qu'il devait faire par stipulation d'user en bon père de famille, et de remettre les objets soumis à l'usufruit dans l'état où ils se trouveraient non détériorés par son dol ou par sa faute. *Cavere de utroquè..... et usurum se boni viri arbitratu : et cùm usufructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod indè extabit.* L. 1, pr. et § 7, *ff. Usufr. quemadm. caveat*, et *ibi*—Pothier.

(1) Ces décisions, d'autant plus respectables qu'elles sont dans les vrais principes, sont référées dans une instruction du directeur général de l'enregistrement, du 5 avril 1808, rapporté dans le *Recueil* de Sirey, an 1809, p. 229. — (2) Duparc-Poullain, *Principes de droit*, t 4, page 321, no 20

722. M. Pardessus prétend qu'après vingt-huit ans, on peut obliger le propriétaire du fonds servant à donner un titre-nouvel, comme on peut y contraindre le débiteur d'une rente, et cela par induction de l'art. 2263.

Il nous paraît au moins fort douteux que l'on puisse ainsi étendre cet article aux servitudes, dont il ne parle pas. L'auteur cite Pothier (1), qui dit que le titre recognitif de la servitude, consenti par le propriétaire du fonds servant au propriétaire du fonds dominant, tient lieu d'usage de la servitude, et empêche la prescription de courir. Il ajoute qu'il est très utile de faire passer ces reconnaissances, pour prévenir le cas auquel le fait de l'usage de la servitude pourrait être contesté. Cette utilité est évidente.

Mais Pothier ne dit point que l'on puisse contraindre celui qui doit la servitude à donner cette reconnaissance; et si le propriétaire du fonds dominant élevait une pareille prétention, il nous semble qu'elle serait rejetée, et qu'il serait condamné aux dépens (2).

---

(1) Sur la *Coutume d'Orléans*, titre 13, n° 14. — (2) Il le serait infailliblement par la Cour royale de Rennes, qui a décidé plusieurs fois que les colons débiteurs de rentes convenancières ne sont plus assujettis à donner des lettres recognitoires de leurs tenues.

FIN DU SECOND LIVRE ET DU TOME TROISIÈME.

# TABLE DES TITRES ET CHAPITRES.

## LIVRE SECOND.

*Des biens et des différentes modifications de la propriété.*


Pages.

TITRE I.

*De la distinction des biens.*

NOTIONS PRÉLIMINAIRES... ... 1

CHAPITRE PREMIER.

Des immeubles..... 4

CHAPITRE II.

Des meubles..... 9

CHAPITRE III.

Des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent..... 13

TITRE II.

*De la propriété et de ses différentes modifications.* 25

CHAPITRE PREMIER.

Origine, progrès et nature de la propriété; comment elle peut être analysée et diviséo. ..... *ibid.*

SECTION PREMIÈRE.

De l'origine et des progrès de la propriété en général, et comment elle a été séparée de la possession. 26

SECTION II.

De la possession séparée de la propriété..... 30

SECTION III.

Définition, nature et analyse du droit de propriété..... 33

SECTION IV.

Division de la propriété en parfaite et imparfaite..... 36

SECTION V.

Nature des droits réels détachés de la propriété parfaite, s'il y en a de plusieurs espèces; quel en est le nombre..... 37

CHAPITRE II.

Etendue de la propriété, relativement aux choses qui en sont l'objet..... 42

SECTION PREMIÈRE.

Du droit d'accession en général *ibid.*

SECTION II.

Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose..... 43

SECTION III.

Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore aux choses mobilières..... 44

Pages.

§ I. Adjonction ou union par adjonction de plusieurs choses appartenant à divers propriétaires 41

§ II. Spécification ou formation d'une nouvelle espèce avec une matière appartenant à autrui... 45

§ III. Mélange ou confusion de plusieurs choses appartenant à plusieurs propriétaires..... 47

§ IV. Règles communes aux trois paragraphes précédens..... *ibid.*

SECTION IV.

Du droit d'accession, relativement aux choses immobilières, et d'abord du droit d'accession relativement à ce qui est au-dessus du sol..... 48

§ I. Des édifices, constructions et plantations..... *ibid*

§ II. Sources et cours d'eau, étangs, lits et droit de pêche des rivières non navigables..... 52

§ III. Pigeons, lapins et poissons. 60

SECTION V

Droit d'accession, relativement à ce qui est au-dessous du sol.. . 61

SECTION VI.

Du droit d'accession, sur ce qui s'unit au sol par atterissement ou par alluvion, ou sur les îles et îlots 62

§ I. De l'alluvion..... *ibid.*

§ II. Des transports formés par l'impétuosité des eaux.. ..... 64

§ III. Des îles et îlots, et du changement de lit des fleuves ou rivières..... *ibid.*

CHAPITRE III.

Limites de la propriété. ..... 66

SECTION PREMIÈRE.

De la clôture volontaire ou forcée. *ibid.*

SECTION II.

Droit de bornage..... 70

SECTION III.

Droit de mitoyenneté des murs, haies et fossés; des arbres qui sont sur les confins des héritages. 75

§ I. De la mitoyenneté des murs. 76

Art. I. Comment s'établit la mitoyenneté..... 77.

Art. II. Droits que donne la mitoyenneté..... 83

Art. III. Charges de la mitoyenneté. 89

Art. IV. Comment elle finit par l'abandon..... 90

§ II. De la mitoyenneté entre les propriétaires des différens étages d'une maison.. ..... 92

Pages.

§ III. De la mitoyenneté des haies et fossés..... 93
§ IV. Des arbres qui sont sur les confins ou qui bordent les propriétés..... 95

CHAPITRE IV.

Des modifications de la propriété. 98

SECTION PREMIÈRE.

Des modifications de la propriété relatives au droit de disposer.... 99
§ I. Des aliénations forcées pour cause d'utilité publique. Loi du 8 mars 1810..... 100
§ II. Du desséchement des marais. Loi du 16 septembre 1807..... 109
§ III. De quelques autres causes d'utilité publique qui nécessitent des aliénations forcées... ..... 111
§ IV. Des mines, minières et carrières. Loi du 22 avril 1810. ... 113
§ V. Des modifications de la propriété relativement aux bois appartenant à des particuliers..... 116
§ VI. Des aliénations forcées en faveur des particuliers..... 121
§ VII. De la défense d'aliéner... 123

SECTION II.

Des modifications de la propriété relatives au droit de jouir ..... 124

CHAPITRE V.

Comment se perd la propriété.... 129

SECTION PREMIÈRE.

De la perte de la propriété par le fait immédiat du propriétaire.... *ibid.*

SECTION II.

De la perte de la propriété par suite du fait du propriétaire et par l'autorité de la justice..... 136

SECTION III.

De la perte de la propriété en vertu de la disposition de la loi. 139

SECTION IV.

De la perte de la propriété par l'invasion des ennemis.. ..... 140

SECTION V.

De la perte de la propriété par la perte de la possession.... ..... 141

TITRE III.

*De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation, ou des servitudes personnelles ou mixtes.* 142

Notions préliminaires sur la nature des servitudes..... *ibid.*

CHAPITRE PREMIER.

De l'usufruit..... 148

SECTION PREMIÈRE.

Définition et nature de l'usufruit.. 149

SECTION II.

Comment, par qui, en faveur de qui, et sur quels biens l'usufruit peut être établi. ..... 153

Pages.

SECTION III.

Des droits de l'usufruitier ..... 157

SECTION IV.

Des obligations de l'usufruitier. . 168

SECTION V.

Des obligations du propriétaire . 178

SECTION VI.

Comment l'usufruit prend fin..... 187
§ I. De la mort naturelle ou civile de l'usufruitier..... 188
§ II. De la mort du tiers dont la vie a été prise pour terme de la durée de l'usufruit..... ..... 190
§ III. De l'expiration du temps et de l'événement de la condition. 191
§ IV. De la consolidation..... 192
§ V. De la prescription par le non-usage..... 194
§ VI. De l'usufruit établi en faveur des villes et des établissemens publics..... 195
§ VII. De la perte totale de la chose..... *ibid.*
§ VIII. De l'abdication ou de la renonciation de l'usufruitier... 196
§ IX. De la résolution du droit de celui qui a constitué l'usufruit . *ibid.*
§ X. De l'abus que fait l'usufruitier de sa jouissance..... 197

CHAPITRE II.

De l'usage et de l'habitation. .... 198

TITRE IV.

*Des servitudes ou services fonciers.* 201

NOTIONS GÉNÉRALES. *ibid.*

CHAPITRE I ET II.

Des servitudes établies par la loi, et de celles qui dérivent de la situation des lieux. ..... ..... 218

SECTION PREMIÈRE.

Des servitudes établies pour l'utilité publique ou communale.... 220
§ I. Des chemins..... 221
§ II. De la défense de bâtir autour des places de guerre..... 227
§ III. De la source qui fournit l'eau nécessaire à une communauté d'habitans..... .... 228

SECTION II.

Des servitudes légales établies pour l'utilité des particuliers... *ibid.*
§ I. Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux, relativement aux eaux..... *ibid.*
§ II. De la distance requise pour planter des arbres près de l'héritage voisin, et du droit d'y cueillir les fruits qui y tombent.. 230
§ III. Des vues sur la propriété voisine..... ... 238
§ IV. De l'égout des toits..... 243
§ V. Du droit de passage, et de l'échelage, ou tour de l'échelle.. 246

Pages.
§ VI. Du parcours et de la vaine pâture ..... 255
CHAPITRE III.
Des servitudes établies par le fait de l'homme ..... 256
SECTION PREMIÈRE.
Des personnes qui peuvent établir ou acquérir des servitudes..... 257
§ I. Des personnes qui peuvent les établir..... *ibid.*
§ II. Des personnes qui peuvent acquérir des servitudes..... 259
SECTION II.
Des diverses espèces de servitudes qu'on peut établir, et de leurs divisions..... 261
SECTION III.
Comment s'établissent les servitudes..... 272
§ I. De l'établissement des servitudes par titres..... 273
§ II. De la destination du père de famille..... 274
§ III. De la prescription..... 283
Art. I. Quelle espèce de prescription est admise pour les servitudes dans les principes du Code civil. 284
Art. II. Quand la prescription commence à courir; en quoi consiste la possession des servitudes; par quels actes elle commence; comment elle continue..... 293
SECTION IV.
Des droits du propriétaire du fonds dominant, ou de la manière d'user de la servitude..... 299
SECTION V.
Comment les servitudes s'éteignent. 307
§ I. De la confusion..... *ibid.*
§ II. De la renonciation ou de la remise volontaire, expresse ou tacite de la servitude, par celui à qui elle est due..... 309
§ III. Du rachat volontaire ou forcé de la servitude..... 311
§ IV. De l'abandon du fond servant..... 312
§ V. De la résolution du droit de celui qui avait constitué la servitude..... 313
§ VI. De l'expiration du temps, et de l'événement de la condition résolutoire..... 318
§ VII. De la ruine ou du changement arrivé au fonds qui doit la servitude; ou à qui elle est due. *ibid.*
§ VIII. Extinction par le non-usage ou par la prescription. . . 319
SECTION VI.
Des actions relatives aux servitudes. 332

FIN DE LA TABLE DES TITRES ET CHAPITRES DU TOME TROISIÈME

LE

# DROIT CIVIL FRANÇAIS

SUIVANT L'ORDRE DU CODE.

OUVRAGE DANS LEQUEL ON A TACHÉ DE RÉUNIR LA THÉORIE A LA PRATIQUE,


PAR C.-B.-M. TOULLIER.

Bâtonnier de l'ordre des avocats de Renn

CONTINUÉ ET COMPLÉTÉ

PAR J.-B. DUVERGIER,

Bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris.



SIXIÈME ÉDITION,


Comprenant : 1° LE TEXTE DES 14 VOLUMES DE M. TOULLIER, ACCOMPAGNÉ DE NOTES PAR M. DUVERGIER; — 2° LA CONTINUATION PAR M. DUVERGIER; 3° UNE TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES.

VOLUME DEUXIÈME.

DEUXIÈME PARTIE. — ANCIEN TOME QUATRIÈME.


PARIS.

F. COTILLON, Libraire, RUE DES GRÈS, 16.

JULES RENOUARD ET Cie, Libraires-Éditeurs, RUE DE TOURNON, 6.

Les notes de M. Toullier sont, comme dans les précédentes éditions, indiquées par des chiffres ;

Celles de M. Duvergier sont placées entre deux crochets [ ] lorsqu'elles suivent immédiatement celles de M. Toullier;

Et quand elles se rattachent au texte, les renvois sont marqués par des lettrines

Imprimé chez Paul Renouard, rue Garancière, n. 5.

LE

# DROIT CIVIL FRANÇAIS,

## SUIVANT L'ORDRE DU CODE CIVIL.

# LIVRE TROISIÈME.

## DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

### DISPOSITIONS GÉNÉRALES

SOMMAIRE.

1. Transition.
2. Ce qu'on entend par moyens d'acquérir.
3. Ils sont originaires ou dérivés.
4. Les originaires sont l'occupation et l'accession.
5. En quels cas le Code reconnaît le droit d'occupation. Explication de l'article 714.
6. Animaux sauvages, animaux apprivoisés, pigeons.
7. On ne peut chasser que sur son terrain.
8. Erreur et abrogation des anciennes lois sur la chasse. C'est un droit de propriété.
9. Loi du 30 avril 1790, sur la chasse; ses dispositions.
10. Peines contre ceux qui chassent sur le terrain d'autrui, ou même sur leurs terres en temps prohibé.
11. Contrainte par corps; confiscation des armes; défense de désarmer un chasseur.
12. Pères et mères responsables du délit de chasse commis par leurs enfans
13. Arrestation des délinquans masqués ou déguisés.
14. A qui appartient la connaissance des délits de chasse.
15. Ils sont attestés par les rapports des gardes champêtres ou par témoins.
16. Prescription des délits de chasse par le délai d'un mois.
17. On peut chasser en tout temps dans ses possessions closes de murs ou de haies vives, et dans ses bois et forêts.
18. On peut en tout temps détruire sur son terrain le gibier avec engins, et même avec des armes à feu, dans ses récoltes non closes.
19. Le droit de chasse appartient à l'usufruitier; il peut être affermé, et être l'objet d'une servitude.
20. On ne peut suivre son gibier sur le terrain d'autrui.
21. Les délits de chasse en temps non prohibé ne peuvent être suivis que sur la plainte du propriétaire ou autre partie intéressée.
22. S'ils peuvent l'être par le ministère public, lorsque le fait de port d'armes y est joint, et s'il faut un permis de port d'armes pour détruire le gibier sur son terrain.

22 *bis*. La contribution exigée pour le port d'armes, illégalement établie par décret du 4 mai 1812, fut conservée par la loi sur les finances, du 28 avril 1816.
23. Défenses de chasser dans les forêts domaniales, dans les bois des communes, des hospices et autres établissemens publics.
24. De la pêche, et d'abord de la pêche en mer
25. De la pêche dans les rivières navigables.
26. De la pêche dans les rivières non navigables.
27. Disposition de l'ordonnance de 1669, sur le temps et la manière de pêcher
28. Comment et par qui sont poursuivis les délits de pêche.
29. Des différentes espèces d'occupations. Prises sur l'ennemi.
30. De l'invention. Ce qu'on entend par épaves.
31. Elles appartiennent à l'inventeur, suivant le droit romain;
32. Aux seigneurs, suivant les coutumes; au domaine, suivant le Code
33. Il y a des exceptions aux droits du domaine.
34. Des trésors, dont la moitié appartient à l'inventeur.
35. *Quid*, s'il les a trouvés en fouillant le terrain d'autrui sans permission?
36. Si les indices font connaître le propriétaire, ils doivent être rendus à ses héritiers.
37. Autres exceptions tirées des lois anciennes; inconvénient d'y renvoyer.
38. Des épaves maritimes; déclaration qu'on en doit faire
39. Des poissons à lard et des poissons royaux.
40. Des varechs ou plantes marines.
41. Des ancres tirées du fond de la mer.
42. Autres effets tirés de la mer ou trouvés sur les flots; navires abandonnés.
43. Effets sauvés au moment d'un naufrage; effets trouvés sur le rivage
44. De l'argent trouvé sur un cadavre noyé.
45. Abrogation du droit de bris et naufrages.
46. Épaves des rivières navigables.
47. Épaves de terre.
48. Effets abandonnés aux messageries ou aux greffes.
49. Des autres épaves de terre
50. Des essaims d'abeilles.
51. Les moyens dérivés d'acquérir la propriété sont naturels ou civils.
52. La tradition est le seul moyen naturel.
53. Différence entre le titre et le moyen d'acquérir.
54. Distingués dans l'ancienne jurisprudence.
55. Le titre ne produisait qu'une action personnelle; la propriété ne pouvait se transférer sans tradition.
56. Il en est autrement dans l'état civil.
57. Erreur des jurisconsultes romains à cet égard. Conséquences de cette erreur.
58. Démontrée par les auteurs qui ont écrit sur le droit naturel.
59. Leur doctrine accordée par le Code. La propriété s'acquiert par l'effet des conventions.
60. Application de ce principe à la constitution des servitudes.
61. La propriété des meubles ne s'acquiert que par la tradition, et pourquoi
62. Des autres moyens civils d'acquérir la propriété dérivée.
63. Ils sont à titre universel ou à titre singulier.

1. Après avoir traité, dans le second livre, 1° de la nature des biens et de leurs différentes espèces; 2° de la nature des droits qu'on peut acquérir sur les biens; autrement, de la propriété et des différentes modifications de la propriété, le Code traite, dans le troisième, des différentes manières de l'acquérir, et commence par des dispositions générales.

2. On entend par moyens d'acquérir, les actes ou les faits qui confèrent immédiatement à une personne la propriété d'une chose, ou du moins un droit réel sur cette chose (1).

3. Ils sont originaires ou dérivés. On appelle originaires ceux par lesquels on acquiert la propriété des choses qui n'appartiennent à personne; et dérivés, ceux par lesquels la propriété déjà établie est transférée d'une personne à une autre (2).

4. Les moyens originaires d'acquérir la propriété sont : 1° l'occupation, dont nous avons parlé en traitant du droit de propriété, et à laquelle il faut rapporter la chasse, la pêche, l'appréhension des choses appelées chez les Romains *missilia*, lorsqu'on jetait des pièces de monnaie ou autres menus meubles au peuple assemblé dans les fêtes publiques, et l'invention;

2° L'accession; car la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement (546) : c'est ce qu'on appelle droit d'accession (*a*). Nous en avons parlé dans le second livre, en traitant de l'étendue de la propriété, tome 3, pages 69 et suivantes.

5. Quant à l'occupation, la commission chargée de la rédaction du projet de Code avait proposé un article (3) qui portait : « La loi « civile ne reconnaît point le droit de simple occupation. Les biens « qui n'ont jamais eu de maître, et qui sont vacans, appartiennent à « la nation. »

La Cour d'appel de Paris observa, avec beaucoup de raison, qu'il n'était point exact de dire, « d'une manière si générale, que la loi « civile ne reconnaît point le droit de *simple occupation*, et que les « biens *qui n'ont jamais eu de maître appartiennent à la nation*. « Il y a des choses, ajoutait cette Cour, que les jurisconsultes ap- « pellent *res communes*, *res nullius*. Entend-on soustraire aux par- « ticuliers la faculté d'acquérir ces choses, pour les donner exclusi- « vement à la nation? Est-ce qu'un particulier qui va puiser de l'eau « à la rivière n'acquiert pas le domaine de l'eau qu'il y a puisée? Les « pierres, les coquillages qu'on ramasse sur le bord de la mer n'ap- « partiennent-ils pas à celui qui s'en saisit? On peut citer cent exem- « ples pareils (4). »

---

(1) Wolf, *Jus. nat.*, 1re part., § 112. — (2) Heinec., *Elem. jur. nat.*, lib. 1, §§ 239, 240 et 266; *Elem. jur. civ.*, §§ 340 et 311; Wolf, *Jus nat.*, 2e part., §§ 176 et 177. — (*a*) L'accession n'est pas toujours un des moyens originaires d'acquérir la propriété. *V.* en ce qui concerne les choses mobilières les art. 565 et suiv., et en ce qui concerne les choses immobilières les art. 552 et suiv. — (3) Liv. 3, dispositions générales, art. 2. — (4) *Observations de la Cour d'appel de*

Sur cette sage observation, le projet fut réformé. L'article proposé fut réduit à l'énonciation contenue dans l'art. 713 : « Les biens qui « n'ont pas de maître appartiennent à la nation. » Et comme cette disposition trop générale ne peut s'appliquer aux choses *communes* ni aux choses *nullius*, on ajouta à leur égard l'exception ou limitation qui forme l'art. 714, conçu presque dans les mêmes termes que l'observation de la Cour d'appel de Paris : « Il est des choses *qui n'ap-* « *partiennent à personne*, et dont l'usage est commun à tous; des « lois de police règlent la manière d'en jouir. »

Ainsi le Code laisse subsister le droit d'occupation relativement aux choses *communes*, l'air, l'eau, la mer, et aux choses *nullius*, telles que les coquillages, les pierres ou cailloux, et autres choses jetées par la mer, les varechs, les poissons, les oiseaux et tous les animaux sauvages.

6. Ces animaux, vivant dans leur état de liberté naturelle, ne sont à personne : ils n'appartiennent pas au propriétaire du fonds sur lequel ils se trouvent, car ils ne sont pas en sa disposition; il ne les possède en aucune manière pendant le temps qu'ils sont sur sa terre, à la différérence des animaux apprivoisés, tels que les pigeons qui appartiennent au propriétaire du colombier, tant qu'ils ont l'habitude d'y revenir (1).

Ainsi les animaux sauvages appartiennent au premier occupant, et la chasse, qui comprend tous les moyens de s'en emparer par

(1) *V.* ce que nous avons dit tome 3, nos 146, 372 et suiv. Le droit naturel permet à toute personne d'avoir des pigeons, pourvu qu'ils ne nuisent point à autrui, il n'y a à cet égard aucune différence entre les pigeons et les volailles. C'est à ce point très simple que les décrets du 4 août 1789 ont réduit la jurisprudence sur cette matière, en abolissant les anciennes lois féodales sur les colombiers: « Le droit exclusif de fuies et colombiers est aboli. Les pigeons seront renfer- « més aux époques fixées par les communautés, durant lequel temps ils seront « regardés comme gibier, et chacun aura le droit de les tuer *sur son terrain* », comme il est permis d'y tuer des volailles. Loi du 5 octobre 1791, sur les biens et usages ruraux, tit. 2, art. 12. *V.* aussi ce que nous avons dit tome 9.— Si, au mépris de la loi, les pigeons n'étaient pas renfermés, chacun peut tirer sur eux ou s'en emparer d'une autre manière, pourvu que ce soit *sur son terrain*. Mais hors ce cas, on doit observer les anciens règlemens qui défendent de tirer, même dans son propre fonds, sur les pigeons d'autrui; de les prendre avec des trappes, des filets, de la glu, ou de toute autre manière. Merlin, *Nouveau Répertoire*, vo Colombier, page 456. L'art. 12 de l'ordonnance du mois de juillet 1607 défend à toutes personnes de tirer sur les pigeons, à peine de 20 liv. d'amende. Il est aussi défendu de dérober les pigeons d'autrui, en les attirant par des appâts; mais s'ils passent dans un autre colombier, sans y avoir été attirés par fraude et artifice, ils appartiennent au propriétaire de ce colombier (art. 564 du Code civil . Si la municipalité du lieu négligeait de fixer le temps de la clôture des colombiers, les pigeons n'en seraient pas moins regardés comme gibier par le propriétaire qui les trouverait sur son terrain au temps de la semaille ou de la moisson.

force, par ruse ou par adresse, est un titre d'occupation par lequel le chasseur en acquiert la propriété.

7. Avant que la propriété des terres fût établie, chacun pouvait chasser partout indistinctement. Depuis l'établissement de la propriété, on ne peut chasser que sur son terrain seulement, et non sur celui d'autrui.

Le propriétaire peut défendre d'entrer sur son champ pour y chasser (1). Mais celui qui défend la chasse sur son terrain, n'étant pas propriétaire des animaux qu'il défend de poursuivre, le chasseur qui s'en empare malgré sa défense, en acquiert néanmoins la propriété (2). Le propriétaire du champ n'a qu'une action en dommages et intérêts contre le chasseur.

8. Le droit de chasse est nécessaire au propriétaire pour préserver ses fruits des ravages qu'y peuvent causer les animaux sauvages : c'est un droit de propriété dont il ne peut être privé sans injustice (*a*). Cependant notre ancienne législation, fondée sur la féodalité, avait séparé le droit de chasse du droit de propriété, pour en faire une espèce de droit réel annexé à la seigneurie et à la haute justice. Il fallait posséder des fiefs pour avoir le droit de chasser, même sur ses terres (3). Nous ne rappellerons point nos anciennes lois françaises sur la chasse; on sait qu'elles etaient injustes jusqu'à la barbarie. Elles furent abrogées avec la féodalité et les justices seigneuriales, par les décrets du 4 août 1789, sanctionnés le 5 novembre suivant. Le droit de chasse fut réuni à la propriété, dont il n'eût jamais dû être séparé. Ces décrets portent : « Le droit exclusif « de chasse et de garennes ouvertes est aboli, et *tout propriétaire* « a le droit de détruire et de faire détruire, *seulement sur ses pos-* « *sessions*, *toute espèce de gibier*, sauf à se conformer aux lois de « police qui pourront être faites relativement à la sûreté publique. »

9. Le Code civil dit aussi que la faculté de chasser est réglée par des lois particulières; c'est la loi du 30 avril 1790, décrétée le 22, qui est sur ce point la loi régnante. Nous rapporterons ses dispositions, parce qu'elles sont d'une sagesse profonde, et qu'elles ont prévu la plupart des difficultés (*b*).

---

(1) *Qui in fundum alienum ingreditur venandi aucupandive gratiâ, potest à domino, si is prævideril, prohiberi ne ingrederetur.* Leg. 3, § 1, *ff. de acquir. rer. dom.*, 41, 1.— (2) *Nec interest utrùm in suo fundo quisque capiat an in alieno. dict. leg.* 3, § 1. *Vid.* Vinnius, *in Instit. de rer. divis.*, § 12, n° 3; Pothier, *de la Propriété*, n° 24. — (*a*) Au lieu de : *C'est un droit de propriété dont*, etc.— Il faut lire : *C'est un droit qui dérive du droit de propriété et dont*, etc. — (3) *Voy.* Pothier, *ibid* n° 35.— (*b*) La loi du 30 avril 1790, et le décret du 4 mai 1812, dont il est parlé ci-après, ont été abrogés par la loi du 3 mai 1844 sur la police de la chasse. *V.* cette loi et son commentaire dans ma *Collection des lois*, tome 44, pages 82 et suiv.

10. « Art. 1. Il est défendu à toutes personnes de chasser, *en* « *quelque temps* et de *quelque manière que ce soit*, sur le terrain « d'autrui, *sans son consentement*, à peine de 20 liv. d'amende en- « vers la commune du lieu, et d'une indemnité de 10 liv. envers le « propriétaire des fruits, sans préjudice de plus grands dommages « et intérêts, s'il échoit.

« Défenses sont pareillement faites, sous ladite peine de 20 liv. « d'amende, aux propriétaires ou possesseurs, de chasser dans leurs « terres non closes, même en jachère, à compter du jour de la pu- « blication du présent décret, jusqu'au 1^er^ septembre prochain, pour « les terres qui seront alors dépouillées, et pour les autres terres « jusqu'après la dépouille entière des fruits, sauf à chaque départe- « ment (aujourd'hui à chaque préfet) à fixer pour l'avenir le temps « dans lequel la chasse sera libre, dans son arrondissement, aux « propriétaires et possesseurs sur les terres non closes.

« Art. 2. L'amende et l'indemnité ci-dessus statuées contre ce- « lui qui aura chassé sur le terrain d'autrui, seront portées respec- « tivement à 30 liv., et 15 liv. quand le terrain sera clos de murs « et de haies, et à 40 liv. et 20 liv. dans le cas où le terrain clos « tiendrait immédiatement à une habitation, sans entendre rien in- « nover aux dispositions des autres lois qui protégent la sûreté des « citoyens et de leurs propriétés, et qui défendent de violer les clô- « tures, notamment celles des lieux qui forment leur domicile, ou « qui y sont attachées.

« Art. 3. Chacune de ces différentes peines sera doublée en cas « de récidive; elle sera triplée s'il survient une troisième contraven- « tion, et la même progression sera suivie pour les contraventions « ultérieures, le tout dans le courant de la même année seulement.

11. « Art. 4. Le contrevenant qui n'aura pas, huitaine après la « signification du jugement, satisfait à l'amende prononcée contre « lui, sera contraint par corps, et détenu en prison pendant vingt- « quatre heures pour la première fois, pour la seconde pendant huit « jours, et pour la troisième ou ultérieure contravention, pendant « trois mois.

« Art. 5. Dans tous les cas, les armes avec lesquelles la contra- « vention aura été commise seront confisquées, sans néanmoins que « *les gardes puissent désarmer les chasseurs.* »

La confiscation prononcée par cet article a lieu, lors même que le fusil n'a pas été saisi à l'instant de la contravention, et lors même que le chasseur était muni d'un permis de port d'armes (1).

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 10 février 1809, rendu sur le réquisitoire

Rien de plus sage que la défense de désarmer un chasseur. L'ordre ou la permission de s'emparer de ses armes par la force pourrait occasionner les plus grands malheurs. La Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 10 juillet 1807 (1), que la menace de faire feu, adressée par un chasseur à un maire qui veut le désarmer, lorsque d'ailleurs le maire n'est pas dans l'exercice de ses fonctions, n'est pas un délit soumis à des poursuites d'office.

12. « Art. 6. Les pères et mères répondront des délits de leurs « enfans mineurs de vingt ans, non mariés et domiciliés avec eux, « sans pouvoir néanmoins être contraints par corps.

13. « Art. 7. Si les délinquans sont déguisés ou masqués, ou, « s'ils n'ont aucun domicile connu dans le royaume, ils seront arrê- « tés sur-le-champ, à la réquisition de la municipalité.

14. « Art. 8. Les peines ci-dessus seront prononcées sommaire- « ment à l'audience, par la municipalité du lieu du délit, d'après les « rapports des gardes-messiers ou gardes champêtres, sauf l'appel... « Elles ne pourront l'être que soit sur *la plainte du propriétaire ou « autre partie intéressée*, soit même dans le cas où l'on aurait « chassé en temps prohibé, sur la seule poursuite du procureur de la « commune. » Aujourd'hui sur la poursuite du procureur du roi.

Cette disposition, en ce qui regarde la connaissance des délits de la chasse, qu'elle attribue aux municipalités, est abrogée par l'article 596 du Code des délits et des peines, du 4 brumaire an IV; et comme les amendes pour délits de chasse excèdent la valeur de 15 fr., c'est à l'audience correctionnelle des tribunaux de première instance que doivent être portées les affaires relatives aux délits de cette nature, suivant l'art. 179 du Code d'instruction criminelle, du 17 novembre 1808, sans que les tribunaux de simple police puissent en connaître (*Voy.* les art. 137 et suivans, et un arrêt de la Cour de cassation, du 10 octobre 1806, rapporté dans le nouveau Répertoire, v° CHASSE, page 229).

15. Les délits de chasse sont constatés par des gardes champêtres, qui peuvent faire leur rapport par écrit ou de vive voix devant le juge de paix de leur canton, ou l'un de ses assesseurs (2), ou devant les maires ou adjoints, qui en tiennent registres. Ces rap-

---

de M. Merlin, rapporté dans les *Questions de droit*, v° Chasse, 2e édition, page 570; Sirey, an 1810, page 264. Mais il est fort douteux que cet arrêt fût aujourd'hui suivi.

(1) Rapporté dans le *Nouv. Rép.*, v° Pêche, p. 143, et par Sirey, an 1808, p. 449. — (2) *V.* l'art. 6, sect. 7, des gardes champêtres, tit. 1 de la loi du 6 octobre 1791, sur les biens et usages ruraux. *V.* aussi la *collection des arrêts de la Cour de cassation, en matière d'eaux et forêts*, imprimée à Paris en 1811, chez Demonville, page 183

ports, affirmés dans les vingt-quatre heures du délit ou de la signature du procès-verbal (1), font foi jusqu'à la preuve du contraire, qui peut être admise sans inscription de faux (2) (art. 9 et 10). La déposition de deux témoins peut suppléer à ces rapports (art. 11).

16. Toute action pour délit de chasse est prescrite par le laps d'un mois, à compter du jour où le délit a été commis (art. 12) (3).

17. Il est libre à tout propriétaire ou possesseur autre que les usagers, de chasser *ou faire chasser* en tout temps... sur les lacs et étangs, et dans celles de ses possessions qui sont séparées des héritages d'autrui par des murs ou des haies vives (art. 13), et dans ses bois et forêts, mais sans chiens courans (art. 14).

18. Il est pareillement libre en tout temps, au propriétaire ou possesseur, et même au fermier, de détruire le gibier dans ses récoltes non closes, en se servant de filets ou autres engins, qui ne puissent pas nuire aux fruits de la terre, comme aussi de repousser, avec *des armes à feu*, les bêtes fauves qui se répandraient dans sesdites récoltes (art. 15).

19. Il suit évidemment de ces dispositions que c'est à l'usufruitier qu'appartient le droit exclusif de chasser sur les terres soumises à l'usufruit (4).

Il s'ensuit encore que le fermier n'a point le droit de chasse, mais que ce droit peut lui être accordé par son bail. Ce droit n'est plus aujourd'hui qu'un droit de propriété; il n'y a nulle raison pour qu'il ne puisse pas faire la matière d'un bail. Tout propriétaire peut permettre gratuitement à un étranger de chasser sur son terrain. Il peut le permettre aussi, moyennant une somme une fois payée, ou moyennant une rétribution annuelle (5). Le droit de chasse peut donc aujourd'hui devenir l'objet d'une servitude réelle; c'est un droit qui peut être séparé de la propriété parfaite, et la loi ne défend pas de l'en séparer.

20. La loi du 30 avril 1790 est muette sur la question agitée autrefois, si un propriétaire qui a fait lever du gibier sur son terrain peut le suivre sur le terrain d'autrui; mais la négative est évidemment dans l'esprit de cette loi (6). Personne n'a le droit d'entrer sur le terrain d'autrui sans le consentement du propriétaire.

21. Suivant l'art. 8 de la même loi, les délits de chasse, en temps

(1) *V.* la même collection, pages 210 et 390. — (2) A la différence des gardes forestiers, dont les procès-verbaux font foi jusqu'à inscription de faux. *V.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 25 octobre 1811, Sirey, tome 12, page 112.— (3) *V.* l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 1er octobre 1813, rapporté par Jalabert, continuateur de Denevers, an 1814, page 128.— (4) *V.* le *Nouveau Répertoire*, vo Chasse, pages 221 et 222. — (5) *Ibid.*, vo Bail, § 1, pages 490 et 491 — (6) *Ibid.*, vo Chasse, page 223.

prohibé, peuvent être poursuivis par le ministère public; au contraire, les délits commis dans un temps non prohibé ne peuvent l'être que sur *la plainte du propriétaire, ou autre partie intéressée*, ce qui comprend le fermier. Cette distinction est fondée sur ce qu'en fait de chasse sur le terrain d'autrui, dans les temps non prohibés, il n'y a de délit qu'à défaut de consentement du propriétaire (1).

22. Mais si le fait de port d'armes sans permission concourt avec le fait de chasse en temps non prohibé, y aurait-il lieu à l'action publique?

Cette question se réduit à savoir si les citoyens français ont besoin d'une permission pour porter des armes; ou, en d'autres termes, si le port d'armes est encore défendu. Examinons d'abord les dispositions des lois et des décrets impériaux.

Il faut distinguer les différentes espèces d'armes. Il y a des armes défendues à toutes personnes, et proscrites notamment par la déclaration du 23 mars 1728, qui défend de porter sur soi aucun couteau pointu (2), baïonnette, pistolet ou autre arme offensive, cachée et secrète, comme une épée en bâton, etc..., à peine de 500 fr. d'amende et de six mois de prison. Le décret du 12 mars 1806, imprimé dans le Bulletin des lois, ordonna l'exécution et la réimpression de cette loi, souvent violée, quoique souvent renouvelée par les règlemens de police, et qui n'avait jamais été abrogée par aucune des lois nouvelles. Or, la loi du 21 septembre 1792 établit en principe que toutes les lois anciennes non abrogées sont maintenues, et celle du 22 juillet 1791 permet même aux municipalités *de publier de nouveau les lois et règlemens de police, ou de rappeler les citoyens à leur observation* (3).

Un autre décret du 2 nivôse an XIV ordonna que toute personne trouvée porteur de fusils et pistolets à vent, serait poursuivie et traduite devant les tribunaux de police correctionnelle, pour y être jugée et condamnée, conformément à la déclaration du 23 mai 1728. La défense de porter ou fabriquer des armes prohibées, est renouvelée par le Code des délits et des peines (art. 314) (4).

---

(1) Arrêt du 5 févr. 1807, rapporté *ibid.* v° Pêche, et par Sirey, an 1808, p. 297. — (2) *V.* ci-dessous note 3. — (3) *V.* aussi la loi du 12 vendémiaire an IV, portant, art. 11, que le Directoire exécutif, et chaque administration départementale et municipale, pourront, par délibération spéciale, ordonner la réimpression, l'affiche et la publication des lois anciennes ou récentes. — (4) Cet article parle des stylets, tromblons ou *quelque espèce que ce soit d'armes prohibées* par les lois ou règlemens, mais l'art. 101 porte que les couteaux de poche, sans distinguer ceux qui sont pointus des autres, ne seront réputés armes qu'autant qu'on en aura fait usage pour tuer ou blesser; ce qui paraît déroger à la loi du 23 mai 1728, qui défend de porter sur soi aucun couteau pointu. Le décret du 2 nivôse an XIV paraît aussi modifier la disposition de cette loi concernant les pistolets de poche.

Mais remarquons qu'aucun de ces deux décrets n'a renouvelé la déclaration du 16 juillet 1716. Nous en verrons bientôt la raison.

Quant aux armes non prohibées, le port n'en était point autrefois défendu à tous les Français. Il fut fait, sous la régence du duc d'Orléans, le 16 juillet 1716, une loi commandée par les circonstances, pour réprimer la contrebande que faisaient à main armée des soldats réformés à qui on avait laissé leurs armes. Cette loi défendait à tous les habitans du royaume, notamment à ceux des frontières, de porter des armes *de quelque espèce qu'elles puissent être*, et pour quelque raison que ce soit, sous peine de 10 fr. d'amende pour la première contravention, et 50 fr. pour la seconde, un mois de prison, etc.

Mais les gentilshommes, *les gens vivant noblement* (ce qui comprend les propriétaires, toutes les professions libérales, les bourgeois des villes *et les officiers de justice royale*), furent formellement exceptés de la défense; ainsi, le port d'armes leur demeura permis.

Cette déclaration n'a été abrogée par aucune loi de l'Assemblée constituante, ou des Assemblées nationales qui ont suivi*: cependant on a prétendu que l'exception qu'elle fait en faveur des nobles, des propriétaires, etc., a été abrogée par la loi du 19 juin 1790, qui abolit la noblesse, et par les décrets du 4 août 1789, qui abolissent les priviléges. On en conclut que tous les citoyens des classes nobles et privilégiées furent rangés sous l'empire des lois communes à la masse de la nation, et assujettis comme tous les autres à la défense du port d'armes.

Cette conséquence manque évidemment de justesse; et cette manière d'interpréter les lois de 1789 est absolument contraire à l'esprit et à la lettre de leurs dispositions. Leur esprit fut de rendre à tous les Français les droits que l'ancienne législation réservait à une classe privilégiée, et non pas de leur ôter les droits que cette classe avait conservés. Les décrets du 4 août abolirent donc les priviléges pécuniaires en matière de subsides (art. 9); l'humiliant privilége qui réservait certains emplois et certaines dignités à une caste particulière; en un mot, les priviléges de la naissance : ils déclarèrent qu'il n'y aurait plus de profession dérogeante, pourvu qu'elle fût utile. Ainsi, toutes les professions utiles furent assimilées, relativement au port d'armes, aux professions libérales, aux personnes vivant noblement, à qui la déclaration du 14 juillet 1716 le permettait expressément, ou plutôt le conservait; car le port d'armes n'est point un privilége, c'est un droit naturel à l'homme, et qui dérive de la dé-

---

qui sont d'un usage général, et qui se fabriquent et se vendent notoirement sous les yeux de la police. Le décret ne défend que les pistolets à vent.

fense de soi-même, l'un des premiers préceptes du droit naturel.

Mais ce droit de port d'armes, dont on peut abuser, demeure par cette raison soumis aux règlemens de police que commande la sûreté publique : aussi le port d'armes demeura défendu aux vagabonds et gens sans aveu, à qui toute bonne police l'interdira toujours. Le décret du 20 août 1789, relatif à la tranquillité publique, ordonna, en conséquence, qu'il serait, dans chaque municipalité, *dressé un rôle des hommes sans aveu, sans métier ni profession, et sans domicile constant, lesquels seront désarmés.* Ce ne fut qu'à eux que le port d'armes demeura interdit.

Loin de priver tous les Français du droit naturel de port d'armes, les lois de 1789 leur permirent toutes les actions qui ne sont nuisibles ni à la société ni à autrui; elles établirent pour maxime que tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché (1); elles rendirent à tout propriétaire la liberté de chasser sur son terrain, et le droit d'y détruire et faire détruire toute espèce de gibier; ce qui suppose évidemment le droit de porter les armes avec lesquelles il est d'usage de chasser; et s'il faut sur ce point un texte précis, on le trouve dans l'art. 15 de la loi du 30 avril 1790, qui déclare qu'il est libre à tout propriétaire ou possesseur, même au fermier, de détruire le gibier dans ses récoltes non closes, « comme aussi de repousser, *avec les armes à feu*, les bêtes fauves qui se répandraient « dans sesdites récoltes. »

Il n'est donc pas exact de dire, comme on l'a avancé dans une circulaire ministérielle, « que *l'arme à feu*, quoique le plus facile et le « plus sûr moyen de destruction (du gibier), n'étant pas le seul, il « faut en conclure que *le port d'armes à feu* n'est pas une conséquence nécessaire du droit de chasse ».

Cette conséquence est littéralement contenue dans la loi même, qui rend le droit de chasse à tous les propriétaires.

Les lois récentes, aussi bien que celles de 1789, considérant le port d'armes comme un droit appartenant à tous les Français, et dont la privation ou la déchéance est une peine qui ne peut être prononcée que dans les cas ordonnés par la loi, l'article 28 du Code des délits et des peines du 12 février 1810, prononce cette peine contre ceux qui ont été condamnés aux travaux forcés à temps, au bannissement, à la réclusion ou au carcan : il les déclare *déchus du droit de port d'armes.*

L'art. 42 permet aux tribunaux, jugeant correctionnellement, d'interdire en tout ou en partie l'exercice des droits *civiques*, *civils* et de

(1) *Déclaration des droits*, art. 5.

famille suivans... au nombre desquels est *le droit de port d'armes;* mais il ne permet de prononcer cette peine que lorsqu'elle aura été autorisée ou ordonnée par une disposition particulière de la loi.

Concluons donc que, suivant les lois existantes, le port d'armes non prohibées est un droit civil, appartenant à tous les Français, dont les tribunaux ne peuvent les priver que dans les cas prévus par la loi.

Ce principe, consacré par les lois, est également reconnu par Bonaparte, et proclamé par le Conseil d'état.

Nous avons déjà observé qu'en rappelant l'exécution de la loi du 23 mars, concernant les armes prohibées, les décrets impériaux des 2 nivôse an XIV et 12 mars 1806, n'ont point rappelé l'exécution de la déclaration du 14 juillet 1716, qui défendait le port d'armes non prohibées aux personnes de la basse classe du peuple, en le permettant aux propriétaires, aux officiers de justice, et à ceux qui exerçaient des professions libérales ou non dérogeantes. Et pourquoi ne l'ont-ils pas rappelée? C'est parce qu'elle était abrogée. Ainsi que nous l'avons prouvé, c'est parce que l'intention de Bonaparte n'était pas de dépouiller une nation guerrière d'un droit aussi propre à nourrir le courage naturel des citoyens; c'est parce que la défense du port d'armes ne concerne que les vagabonds et les gens sans aveu, comme l'a positivement déclaré le Conseil d'état, dans un avis du 10 mai 1811, approuvé le 17, et imprimé dans le *Bulletin des lois*, 4e série, tome 14, page 481.

A des lois si positives, respectées et proclamées par Bonaparte même, et par son Conseil d'état, que peut-on opposer?

Plusieurs préfets prirent, en l'an IX, des arrêtés qui interdisaient le port d'armes à tous ceux qui n'en auraient pas obtenu d'eux la permission expresse. C'était par les ordres du ministre de la police qu'avaient été pris ces arrêtés, qu'il approuva, en rédigeant une instruction qui les ramenait à un mode uniforme d'exécution, et qu'il adressa aux préfets, le 7 vendémiaire an XIII. Il leur en transmit, le 7 mai 1806, une seconde, dont les dispositions sont imprimées dans le *Nouveau Répertoire*, v° ARMES, page 321. Elle défendait le port d'armes à tous les Français qui n'en auraient pas obtenu des préfets une permission, pour laquelle il fallait payer un droit chaque année. L'art. 6 soumettait au paiement du droit ceux même qui, *pour leur défense personnelle, ne sont armés que de pistolets et d'armes blanches*.

Cette instruction tyrannique excédait évidemment les pouvoirs du ministre : il le reconnut, en proposant à Bonaparte d'obliger tous les citoyens à se pourvoir de permis pour exercer la faculté de porter des

armes, meme en voyage. Mais le Conseil d'état, auquel il renvoya cette proposition, la rejeta, et déclara que la défense du port d'armes ne regarde que les vagabonds et les gens sans aveu. L'instruction ministérielle, qui n'avait pas force de loi, resta donc sans force.

Il ne faut pas croire qu'elle soit approuvée par le décret du 11 juillet 1810, qui charge l'administration de l'enregistrement de fournir *les passeports et permis de ports d'armes de chasse*, dont le prix est fixé à 30 fr.

Il se présente à ce sujet deux observations importantes; l'une, que ce décret est antérieur à l'avis du Conseil d'état, approuvé par Bonaparte le 17 mai 1811 : *Posteriora derogant prioribus.*

Et en supposant qu'on voulût distinguer entre les armes qu'on porte en voyage, pour sa sûreté, et celle qu'on porte à la chasse, il faut observer que le décret du 11 juillet 1810 ne prononce aucune peine, ni contre ceux qui négligeront de prendre un permis de port d'armes de chasse, ni contre ceux qui négligeront de prendre un passe-port. Pourquoi cela? Parce que, suivant les expressions d'un grand magistrat (1), « Sa Majesté sait mieux que personne que des « lois pénales ne se font point par de simples décrets. »

Si donc ce décret doit encore être observé depuis l'avis postérieur du Conseil d'état, qu'en résulte-t-il? Que l'omission de prendre un port d'armes est comparée à celle de prendre un passe-port, omission qui n'assujettit point à une amende. Il en est de ces omissions comme il en a longtemps été de l'omission de faire une déclaration préalable pour abattre des arbres. L'obligation de faire cette déclaration fut renouvelée par la loi du 9 floréal an XI; mais cette loi demeura sans sanction, parce qu'elle ne prononçait aucune peine contre l'omission de la déclaration, et que l'ancienne peine, implicitement abrogée par les lois précédentes, n'avait pas été remise en vigueur. Ce fut par ce motif que plusieurs arrêts de la Cour de cassation, rendus sur les conclusions de M. Merlin (2), cassèrent des arrêts qui avaient condamné des particuliers à l'amende. Si la loi demeurait sans moyen coactif ou de répression, c'était au législateur à y pourvoir par une mesure législative, disait fort bien la Cour suprême; mais les tribunaux ne peuvent prononcer de peine que dans les cas déterminés par la loi.

Cette jurisprudence n'a cessé que par le décret du 15 avril 1811, lequel a modifié l'ancienne amende d'une manière plus proportionnée au délit, comme nous l'avons dit tome 3, n° 307.

(1) Merlin, *Nouveau Répertoire*, v° Armes, page 321, 2e col. — (2) Et rapportés dans le *Nouveau Répertoire*, additions au dernier volume, v° Déclaration des coupes de bois, page 547.

De même, il nous semble que n'existant point aujourd'hui de peine prononcée contre ceux qui auraient négligé de prendre un permis de port d'armes, les tribunaux n'en peuvent prononcer aucune, pas plus que contre ceux qui négligeraient de prendre un passe-port. Il faut attendre que l'autorité souveraine ait manifesté sa volonté sur ce point important pour la liberté publique. L'avis du Conseil d'état, du 17 mai 1811, annonce assez que l'intention de Bonaparte n'était pas d'autoriser des mesures répressives à ce sujet. Dans le fait, les permis de port d'armes paraissent avoir cessé depuis cet avis; et au moment où nous écrivons ceci (20 avril 1812), il n'a pas été pris un seul permis de port d'armes dans le département d'Ille-et-Vilaine, pour l'année 1812, et le ministre de la police n'a pas renouvelé ses instructions à cet égard.

Il est vrai qu'antérieurement à l'avis du Conseil d'état qui a définitivement fixé les principes, la Cour de cassation avait rendu plusieurs arrêts dans le sens de l'instruction ministérielle; mais les motifs de ces arrêts ne sont pas d'accord entre eux, et leurs dispositions sont contraires à d'autres arrêts conformes aux vrais principes.

L'arrêt du 12 février 1808 (1) cassa un arrêt de la Cour de justice criminelle d'Indre-et-Loire, qui avait déclaré le ministère public non recevable à poursuivre le nommé Liot, prévenu d'avoir chassé en temps non prohibé. Le motif fut que Liot n'était pas muni d'un port d'armes, et que, d'après *le décret du* 12 *mars* 1806, et les lois anciennes *rappelées dans ce décret, tout port d'armes* lui était interdit, sous les peines portées par ces lois.

Mais il est certain que le décret ne rappelle que la déclaration du 23 mars 1728, concernant les armes prohibées; et Liot n'était point dans ce cas : l'arrêt fut donc rendu sur un faux motif.

Un autre arrêt du 15 mars 1810 (2) cassa un arrêt de la Cour criminelle de l'Eure, qui s'était déclarée incompétente pour connaître de la plainte portée par un maire, contre trois particuliers prévenus d'avoir chassé en temps non prohibé, mais sans permis de port d'armes. Le motif fut que la déclaration du 14 juillet 1716 défend *à tout sujet du Roi* de porter les armes, de quelque espèce qu'elles soient; que cette loi a pu être remise en vigueur par le Gouvernement, et que les préfets avaient, depuis l'an IX, pris des arrêtés qui interdisaient le port d'armes à tous ceux qui n'en avaient pas obtenu la permission expresse.

Mais nous avons vu que cette déclaration, loin de défendre le port

(1) Rapporté par Sirey, page 258.— (2) Sirey, an 1811, page 60.

d'armes à tous les sujets du Roi, le permettait à tous les officiers de justice et à tous les gens vivant noblement, c'est-à-dire à toutes les professions libérales, ce qui avait été étendu à tous les Français par les lois de 1789 et 1790. Nous avons vu que Bonaparte n'a point remis cette loi en vigueur, mais seulement celle du 23 mars 1728, sur les armes prohibées; enfin, que la proposition du ministre, pour défendre le port d'armes à tous les Français qui n'en obtiendraient pas la permission, a été rejetée par le Conseil d'état, et qu'avant cette rejection, le décret du 11 juillet 1810 n'avait prononcé aucune peine contre ceux qui négligeaient de prendre un permis.

Enfin, la Cour de cassation avait rendu un arrêt dans des principes tout opposés, le 10 juillet 1807 (1). Le nommé Garnier, chassant en temps non prohibé, fut rencontré par le maire de Vauchelt et par son neveu, qui voulut désarmer Garnier. Celui-ci, pour arrêter ces poursuites, menaça de faire feu si l'on avançait. Traduit par le ministère public au tribunal de police correctionnelle, il allégua l'incompétence fondée sur ce qu'il avait chassé en temps non prohibé; que s'il avait fait des menaces, ce n'était point à un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions; qu'il avait été provoqué, et que la loi du 30 avril 1790 défend de désarmer les chasseurs. Le tribunal se déclara compétent. Son jugement fut confirmé par la Cour de justice criminelle du département de la Loire, qui condamna Garnier à l'amende pour fait de chasse, et à une année d'emprisonnement pour les menaces faites au maire. Mais cet arrêt fut cassé, par le motif que la Cour de justice criminelle du département de la Loire avait sanctionné des poursuites d'office pour un délit de chasse hors du temps prohibé, et autorisé la traduction, devant le tribunal de police correctionnelle, d'un prévenu de simples menaces à un fonctionnaire public qui n'était pas dans l'exercice de ses fonctions. Ici le port d'armes était joint au fait de chasse; il y avait même eu des menaces de faire feu, excusables à la vérité, mais qui pouvaient être un motif de plus pour condamner Garnier, à raison du port d'armes, s'il avait été défendu. Cet arrêt est rendu dans les vrais principes, et il nous paraît que, dans l'état actuel de la législation, les tribunaux, faute d'une loi qui la prononce, ne peuvent condamner à aucune peine pour le fait de port d'armes sans permission.

22 *bis*. Cette dissertation sur le port d'armes, écrite en 1812, avait pour objet de réveiller l'attention du public sur l'adresse et les manœuvres des agens et des ministres de Bonaparte, pour soumettre le peuple français à des contributions illégales qui étaient de vérita-

(1) Rapporté dans le *Nouveau Répertoire*, vo Pêche, page 143.

bles concussions. Ils le savaient mieux que personne; mais qui osait s'en plaindre alors? D'ailleurs ils finirent par se placer, suivant leur coutume, sous l'égide du maître, en faisant rendre, le 4 mai 1812, un décret impérial qui ordonnait que quiconque sera trouvé chassant, et ne justifiant point d'un permis de *port d'armes de chasse*, sera traduit devant le tribunal de police correctionnelle, et puni d'une amende qui ne pourra être moindre de 30 fr., etc. (*Voy. Bulletin des lois*, page 367).

Ainsi Bonaparte, s'érigeant, suivant son usage, en législateur suprême, fit seul une *loi pénale;* et cependant M. Merlin, procureur général près la Cour de cassation, donnait pour maxime incontestable que les lois pénales ne se font point par de simples décrets. « *Sa Majesté*, disait-il en 1807, *sait mieux que personne que des lois pénales ne se font pas par de simples décrets.* »

Et en 1812, Bonaparte ordonnait aux tribunaux correctionnels d'infliger une peine qui n'était prononcée par aucune loi.

La Cour de cassation donnait aussi pour maxime, en 1809, que les tribunaux n'ont d'attributions que pour appliquer les peines déterminées par la loi. Elle changea docilement de doctrine aussitôt que le maître eut parlé, et enseigna dans les considérans d'un arrêt rendu le 1er octobre 1813, que la peine prononcée par le décret du 4 mai 1812, contre le port d'armes sans permis, joint au fait de chasse, devait être appliquée par les tribunaux. Cet arrêt est rapporté par le continuateur de Denevers, an 1814, page 128. Au moment de la restauration, les ministres du Roi imitèrent la conduite des ministres de Bonaparte, et, trouvant le permis de port d'armes établi par le décret de Bonaparte, ils prétendirent qu'il était *implicitement* conservé par la loi du 23 septembre 1814, qui adopta le budget provisoire de 1815 (*voy. l'ordonnance du* 21 *décembre* 1814, imprimée dans le *Bulletin des lois*).

Enfin, la contribution imposée pour le droit de port d'armes fut textuellement conservée et fixée à 15 fr., par l'art. 77 de la loi sur les finances du 28 avril 1816, qui régla définitivement les budgets de 1814 et 1815, et arrêta celui de 1816. Combien d'autres contributions n'ont pas d'origine plus pure et plus légale!

23. La défense de chasser dans les forêts domaniales est aujourd'hui la conséquence naturelle de la défense de chasser sur le terrain d'autrui, sans le consentement du propriétaire. Elle a été maintenue par un arrêté du Gouvernement, du 28 vendéminaire an v, lequel rappelle à cet égard l'exécution de l'ordonnance de 1669, et ordonne de poursuivre les contrevenans à l'audience de la police correctionnelle, pour les faire condamner aux *peines pécuniaires* seulement,

prononcée par ladite ordonnance. Les peines afflictives prononcées par cette loi et par les précédentes, se trouvent abrogées par le dernier article du Code pénal du 25 septembre 1791.

La défense faite à toute personne de chasser dans les forêts domaniales est applicable aux bois des communes, à ceux des hospices et autres établissemens publics, parce que l'art. 1 de l'arrêté du Gouvernement, du 19 ventôse an x, assimile sans restriction, et sous tous les rapports, l'administration des bois communaux à l'administration des bois nationaux; et l'arrêté du Gouvernement, du 19 ventôse an xi, déclare que toutes les dispositions de cet arrêté sont communes aux bois des hospices et autres établissemens publics (*voy.* le *Nouveau Répertoire*, v° Chasse, page 225).

Mais le fait de chasse sur un terrain commun, en temps non prohibé, n'est pas un délit qui puisse autoriser des poursuites d'office (1).

24. La pêche est encore un titre d'occupation, par lequel le pêcheur acquiert la propriété des poissons qu'il prend; mais il faut distinguer la pêche en mer, la pêche des rivières navigables, et celle des lacs ou étangs particuliers.

La liberté de pêcher dans la mer et sur ses rivages est de droit naturel. La mer étant au nombre des choses qui n'appartiennent à personne, et dont l'usage est commun à tous (art. 714), les poissons et les autres choses qu'elle renferme appartiennent au premier occupant.

Les lois romaines accordaient l'action d'injures contre celui qui empêchait une autre personne de pêcher dans la mer, de la même manière que s'il l'avait empêchée d'user de sa propre chose (2).

Le droit civil est ici d'accord avec le droit naturel.

L'art. 1 du tit. 1, liv. 5 de l'ordonnance de la Marine, du mois d'août 1681, porte : « Déclarons la pêche de la mer libre et commune à tous nos sujets, auxquels nous permettons de la faire, tant « en pleine mer que sur les grèves, avec les filets et engins permis. »

Mais il est de l'intérêt public que la faculté et la manière de pêcher soient réglées par des lois de police, afin de prévenir les abus qui pourraient diminuer l'abondance du poisson, et d'empêcher la liberté de la pêche d'être gênée par des établissemens qui auraient fini par en rendre l'usage exclusif à certaines personnes. Le premier de

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 10 juillet 1807, rapporté dans le *Nouveau Répertoire*, v° Pêche, page 143, par Sirey, an 1808, page 419. — (2) *Si quis me prohibeat in mari piscari..... an injuriarum judicio possim eum convenire? Et plerique (putant) esse huic similem eum qui in publicum lavare, vel in caved publicâ sedere, vel in quo alio loco agere, sedere, conversari non patiatur; aut si quis re meâ uti me non permittat.* Leg. 13, § 7, *ff. de Injur.*, 47, 10.

ces abus a été prévu par la même ordonnance, liv. 5, tit. 2, qui traite *des diverses espèces de rets ou filets* dont l'usage est permis; le second, par le tit. 3, *des parcs et pêcheries*.

Le meilleur moyen d'améliorer la pêche et d'en corriger les abus est, sans doute, d'empêcher qu'on détruise le frai et le poisson du premier âge. Le législateur a jugé qu'on ne pouvait mieux remplir cet objet, qu'en réglant la maille et l'usage des filets et engins qui peuvent être employés à la pêche.

Il faut voir sur cela les dispositions de la loi citée et le *Commentaire* de Valin, où sont rapportés les principaux règlemens faits sur ce sujet.

Si l'on avait continué de couvrir les bords de la mer de parcs ou pêcheries stables et permanentes, les propriétaires de ces parcs auraient fini par avoir le droit exclusif de pêcher sur les rivages, et la liberté de la pêche aurait été détruite par le fait. C'est pour prévenir cet abus que les dispositions du tit. 3, en maintenant les possesseurs de parcs ou pêcheries, fondés en titres valables, ou bâtis avant l'année 1514, ont défendu d'en établir de nouveaux. Il faut voir aussi les dispositions du tit. 4 sur les bordigues et sur les madragues ou filets à pêcher le thon, et toutes les lois et règlemens faits depuis l'ordonnance de 1681, relativement à la pêche de certains poissons. On les trouvera dans le *Commentaire* de Valin et dans le *Nouveau Répertoire*, v° Pêche.

25. La pêche des fleuves et rivières est, comme celle de la mer, permise à tout le monde, suivant le droit naturel; mais, en France, les fleuves et les rivières navigables sont depuis longtemps considérés comme des dépendances du domaine public (1); les anciens rois de France ne permettaient d'y pêcher qu'aux maîtres pêcheurs reçus ès-sièges des maîtrises (art. 1. du tit. 23 de l'*ordonnance des eaux et forêts*, de 1669), et la pêche en était sévèrement défendue à toutes autres personnes, à l'exception de celles qui pourraient en avoir acquis le droit par titres et possessions valables (art. 41, tit. 23; art. 19, tit. 31 de l'*ordonnance de* 1669).

Un décret de la Convention nationale, du 8 frimaire an II, avait déclaré que la pêche, dans les rivières navigables, était libre à tout le monde; mais l'ancienne législation a été rappelée par la loi du 14 floréal an X, qui porte, art. 12, que « nul ne pourra pêcher dans « les fleuves et rivières navigables, s'il n'est muni d'une licence, ou « s'il n'est adjudicataire de la ferme de la pêche (*a*). »

(1) *Ordonnance des eaux, bois et forêts*, de 1669, tit. 27, art. 41; *loi du 22 novembre* 1790; art. 538 du Code civil. — (*a*) La pêche dans les fleuves et les rivières

L'art. 14 porte : « Tout individu qui, n'étant ni fermier de la « pêche, ni pourvu de licence, pêchera dans les fleuves et rivières « navigables, *autrement* qu'à la ligne flottante et à la main, sera « condamné,

« 1° A une amende qui ne pourra être moindre de 50 fr., ni ex- « céder 300 fr.;

« 2° A la confiscation des filets et engins de pêche;

« 3° A des dommages-intérêts envers le fermier de la pêche, « d'une somme pareille à l'amende. L'amende sera double en cas « de récidive. »

Art. 15. « Les délits seront poursuivis de la même manière que « les délits forestiers. »

Un arrêté du Gouvernement, du 17 nivôse an XII, ordonne l'exécution de l'art. 14 de cette loi, et ajoute en conséquence : « Tout « individu autre que les fermiers de la pêche, ou les pourvus de li- « cence, ne pourra pêcher sur les fleuves et rivières navigables, « *qu'avec une ligne flottante tenue à la main.* »

Mais la poursuite d'office contre les contrevenans ne peut avoir pour objet que la condamnation à l'amende, à la confiscation et aux dépens. Il ne peut intervenir aucune condamnation au profit des fermiers, que sur des conclusions de leur part, pour réclamer les dommages et intérêts que leur accorde l'art. 14 de la loi du 14 floréal an X.

26. Quant à la pêche des rivières non navigables, elle appartient aux propriétaires riverains, ainsi que nous l'avons dit tome 3 : on n'y peut donc pêcher sans le consentement des propriétaires riverains (1). Celui qui est propriétaire des deux rives a exclusivement le droit de pêche; si la rivière sépare les propriétés de deux particuliers, le droit de pêche leur est commun.

27. Le tit. 31 de l'ordonnance de 1669, qui traite de la pêche dans les rivières, contient une foule de dispositions réglementaires sur la manière et le temps d'y pêcher, sur les filets et engins dont il est permis de se servir. Mais il est arrivé à ces dispositions minutieuses ce qui arrive ordinairement aux lois de cette espèce; elles sont souvent violées, quoique des peines très sévères et quelquefois même des peines afflictives, telles que le fouet et le carcan, soient prononcées contre les contrevenans. Mais ces peines afflictives se

---

est réglée aujourd'hui par la loi du 15 avril 1829. *V.* cette loi et les notes dans ma *Collection des lois*, tome 29, pages 87 et suiv.

(1) *V.* le décret du 12 avril 1812, et un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 27 décembre 1810, Denevers, an 1811, pages 90 et 102.

trouvent abrogées par l'article dernier du Code pénal du 6 octobre 1791.

28. Les délits de pêche sont poursuivis, comme ceux de chasse, à l'audience de la police correctionnelle; ils peuvent l'être par le ministère public, s'il s'agit de faits de pêche dans une rivière navigable, ou même dans une rivière non navigable, pourvu qu'en ce dernier cas la pêche ait été faite en temps prohibé ou avec des engins défendus; autrement les délits ne peuvent être poursuivis que sur la plainte du propriétaire riverain, à qui le droit de pêche appartient, ainsi que l'a décidé un arrêt de la Cour de cassation, rendu le 5 février 1807, et rapporté dans le *Nouveau Répertoire*, v° Pêche, page 142.

29. On distingue ordinairement plusieurs espèces d'occupation: la chasse, la pêche, dont nous venons de parler, les prises faites sur les ennemis, *occupatio bellica*, et l'invention. Mais le droit de s'approprier les choses prises sur l'ennemi ne peut être, avec exactitude (1), rapporté à l'occupation ou droit de premier occupant, lequel ne s'applique qu'aux choses qui n'appartiennent ou qui sont censées n'appartenir à personne; le droit de s'emparer des choses qui appartiennent à l'ennemi vient du droit des gens, et tient à des principes sur lesquels le Code garde le silence, et que, par cette raison, nous n'entreprendrons point de développer (2).

30. Quant à l'invention, c'est une espèce d'occupation qui s'applique particulièrement aux choses mobilières, et que le droit civil a extrêmement modifiée. Il faut distinguer :

1° Les choses qui n'ont encore appartenu à personne, ou dont l'ancien propriétaire ne peut plus être connu;

2° Les choses abandonnées, *pro derelictis habitæ*.

3° Les choses perdues par l'ancien propriétaire, appelées par l'ancienne jurisprudence des *épaves* ou *espaves*. Ce mot ne signifiait originairement que les animaux effarouchés qui s'étaient égarés en s'enfuyant. « *Quæ longè*, expavefacta *fugerunt aut vagantur et dispalantur sine certo custode et domino* (3). »

On appela épaves, par extension, tout ce qui s'était perdu, comme argent, bijoux et marchandises; enfin on appela *espaves* même les immeubles (4) vacans et sans maîtres, les immeubles

---

(1) Heineccius. *Recitat. in elem. jur. civ.*, § 344. — (2) *V.* ce que nous avons dit tome 3, n° 37, et les auteurs auxquels nous renvoyons. On peut y ajouter Wolf. *Jus gentium.* — (3) *V.* le *Glossaire* de Ducange et celui de Delaurière, v° Expava, Épaves; le *Glossaire de la langue Romane*, par Roquefort, v° Épaves. — (4) *V.* la *Coutume d'Anjou*, art. 10, et *ibid.* Dupineau; le *Glossaire* de Delaurière, v° Épaves.

abandonnés par le propriétaire : on les appelait aussi *déshérence*.

31. Les choses qui n'ont appartenu à personne, les choses abandonnées et les choses perdues, sauf, en ce dernier cas, la restitution au propriétaire, s'il est connu ou s'il réclame, appartenaient au premier occupant ou à l'inventeur, suivant le droit naturel, dont les dispositions étaient suivies presque en tout par le droit romain, avec quelques modifications nécessitées par l'introduction de la propriété permanente.

32. Mais la législation du moyen âge, et les lois des peuples qui envahirent l'empire romain, attribuèrent toutes ces choses au fisc ou aux seigneurs, dans presque toute l'Europe (1). Ces dispositions passèrent dans nos coutumes et dans les ordonnances de nos rois. L'Assemblée constituante abolit la féodalité, et l'art. 7 du tit. 1 de la loi du 20 avril 1791, décrétée le 13, porte que les droits d'épaves, de déshérence, etc., n'auront plus lieu en faveur des ci-devant seigneurs. Mais cette disposition laissa subsister les droits du fisc. L'art. 3 de la loi du 22 novembre 1790 sembla même les étendre, en déclarant que tous les biens et effets meubles ou immeubles, déclarés vacans et sans maître, appartiennent à la nation. Cette disposition a passé dans l'art. 539 du Code civil.

L'art. 713 dit, d'une manière plus concise, mais aussi générale, que les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à la nation.

33. Néanmoins, quelque générales que soient ces dispositions; elles ont plusieurs exceptions en ce qui concerne les choses mobilières. Elles n'en ont point à l'égard des terres vacantes et demeurées sans maître dans le royaume de France; ces terres appartiennent toutes à l'État sans exception; car il ne faut comprendre dans le nombre des terres vacantes et sans maître, ni les terres vaines et vagues, dont la propriété a été donnée ou conservée aux communes par la loi du 28 août 1792 et par celles qui l'ont suivie, ni celles dont l'abandon est fait par le propriétaire pour se libérer d'une charge, telles que les fonds abandonnés au profit des communes, pour s'affranchir à l'avenir de la contribution à laquelle ils étaient soumis (2), le délaissement par hypothèque, le déguerpissement, etc., etc.

Quant aux choses mobilières qui n'appartiennent à personne, ou dont le propriétaire n'est pas connu, les dispositions qui les attribuent au fisc souffrent beaucoup d'exceptions et de modifications,

---

(1) *V.* Heineccius, *Elem. jur. civ.*, § 353 — (2) *V.* la loi du 22 novembre 1790. tit. 3, art. 3, et la loi du 3 frimaire an VII, relative à l'assiette de la contribution foncière. L'art. 66 règle la manière dont l'abandon doit être fait.

que le Code ne fait qu'indiquer. Nous avons expliqué celles qui concernent la chasse et la pêche; nous avons vu aussi que le droit d'occupation subsiste sur les choses que les jurisconsultes appellent *communes*, qui, suivant l'art. 714, n'appartiennent à personne, et dont l'usage est commun à tous, telles que la mer et l'eau.

34. L'art. 716 contient encore une exception importante relativement aux trésors, dont la propriété appartient à celui qui les trouve dans son propre fonds.

*Le trésor est toute chose cachée ou enfouie, sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui est découverte par le pur effet du hasard* (716); ou, comme disent les lois romaines, *vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria ut jam dominum non habeat.* Loi 31, § 1, *ff. de acquirend. rer. domin.*

Comme la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous (552), le trésor appartient naturellement au propriétaire du terrain où il est enfoui. Cependant, « si le trésor est trouvé dans le « fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a *découvert*, « et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds (716). » *Instit. de rer. divis.*, § 27 (*a*).

Mais pour donner la moitié du trésor à celui qui l'a trouvé dans le fonds d'autrui, il faut que la découverte en soit due, comme dit l'art. 716, *au pur effet du hasard;* par exemple en travaillant sur le terrain d'autrui, de l'ordre du propriétaire (1), en y passant, etc.

35. Celui qui aurait trouvé un trésor dans le terrain d'autrui, en y faisant des fouilles sans le consentement du propriétaire, devrait, suivant la loi unique, au Code *de Thesauris*, être condamné à rendre le trésor en entier au propriétaire du terrain, parce qu'il ne doit retirer aucun profit d'un délit qu'il a commis, en fouillant le champ d'autrui sans le consentement du propriétaire. Cette décision paraît conforme à l'esprit et à la lettre du Code.

36. Il faut observer que la loi n'entend par trésor que les choses dont la propriété *ne peut être justifiée*. Si l'on pouvait, par des indices ou des présomptions, connaître la personne qui a caché ces choses ou cet argent, ce ne serait plus un trésor, ce seraient des

(*a*) Peut-être eût-il mieux valu l'attribuer en entier à l'inventeur. On ne peut guère considérer le trésor comme un accessoire du fonds qui le recèle. D'un autre côté, il eût été assez juste d'appliquer les règles de l'occupation à une chose qui n'a pas de maître, ou du moins dont le maître n'est pas connu. Telle était, au reste, l'opinion du jurisconsulte Paul : *Fit enim ejus qui invenerit quod non alterius sit.* Leg. cit. — (1) *Si fortè, vel arando, vel aliàs terram alienam colendo, vel quocumque casu, non studio prescrutandi in alienis locis thesaurum invenerit.* Leg. unic., *Cod. de Thesaur.*, 10, 15.

choses perdues, qu'il faut rendre aux héritiers du propriétaire présumé (1). J'ai vendu la maison de mon père; l'acquéreur y trouve un trésor, *vetus pecuniæ depositio cujus memoria non exstat;* ce trésor lui appartient en entier. La maison était vendue avec tous ses accessoires (*a*).

Mais si, parmi les choses cachées, il se trouve des pièces de monnaies de fabrique récente, et dont la date indique que le dépôt a été fait au temps où mon père ou mon grand-père occupait la maison, ce n'est plus un trésor, ce sont des choses égarées. Il est à présumer que mon père ou mon grand-père, qui habitait cette maison, y avait caché cet argent, dont le souvenir s'est perdu par accident, En vendant la maison, je n'ai point vendu ce dépôt que j'ignorais; il doit m'être rendu.

37. Enfin, l'art. 717 indique d'autres exceptions au droit du fisc, sur les choses qui n'ont pas de maître. Il porte que « les droits sur « les effets jetés à la mer, sur les objets que la mer rejette, de quelque nature qu'ils puissent être, sur les plantes et herbages qui « croissent sur les rivages de la mer, sont aussi réglés par des lois particulières.

« Il en est de même des choses perdues, dont le maître ne se représente pas. »

Comme il n'a point été fait de lois nouvelles concernant les choses dont parle cet article, c'est aux anciennes qu'il faut encore recourir, ce qui cause nécessairement de l'embarras et de l'incertitude; car ces lois se trouvant aujourd'hui entremêlées de dispositions abrogées ou tombées dans l'oubli, il devient difficile de distinguer les dispositions qui sont encore en vigueur. Il en résulte que les lois sont incertaines et compliquées; qu'elles perdent beaucoup de leur autorité (2), et qu'au lieu d'éclairer, elles ne seraient souvent que des piéges (3) tendus à la simplicité et à l'ignorance, si elles étaient exécutées à la rigueur. Il serait à désirer que le Gouvernement s'occupât d'une loi nouvelle sur ce sujet.

38. Les effets rejetés par la mer sont ce qu'on appelait épaves maritimes, pour lesquels il faut consulter l'ordonnance de la marine, du mois d'août 1681. Elle distingue les choses qui sont du crû de la

---

(1) *V.* Pothier, *Traité de la propriété*, n° 66; leg. 67, *ff. de rei. vind.*— (*a*) *V.* la note du n° 34, § 3. — (2) *Fit ut ex contemptu legum obsoletarum, fiat nonnulla auctoritatis jactura etiam in reliquis, et sequitur tormenti illud genus Mezentii, ut leges vivæ in complexu mortuarum perimantur; atque omninò cavendum est à gangrenâ in legibus.* Bacon, *de Augm. Scient., tit. de justit. univ., Aphor.* 87.—(3) *Non sunt pejores laquei legum... Si numero immensæ et temporis decursu inutiles non lucernam pedibus præbeant sed retia potiùs objiciant. Ibid., Aphor* 53.

mer et autres choses semblables qui n'ont encore appartenu a personne, des effets tirés du fond de la mer, trouvés sur les flots ou échoués sur les grèves et rivages.

A l'égard des premières choses, la règle générale établie par l'article 29 du tit. 9, liv. 4, est que « les choses du crû de la mer, « comme arbre, corail, poissons à lard et autres semblables qui n'au- « ront appartenu à personne, demeureront à ceux qui les auront ti- « rés du fond de la mer ou pêchées sur les flots; et s'ils les ont « trouvées sur les grèves, ils n'en auront que le tiers. »

Les deux autres tiers étaient partagés entre le domaine et l'amiral; mais, depuis la suppression de l'office d'amiral, la portion qui lui était affectée appartient à l'État.

39. Les poissons gras ou à lard, dont parle cet article, sont, suivant l'art. 2 du tit. 7, liv. 5, les baleines, marsouins, veaux de mer, thons, souffleurs et autres, qui ont beaucoup de graisse propre à fondre pour en tirer de l'huile. Le tiers seulement en appartient à celui qui les trouve échoués.

Il y a même des poissons dans lesquels celui qui les a trouvés échoués sur le rivage n'a aucune part; tels sont les dauphins, esturgeons, saumons et truites, qui sont déclarés poissons royaux par l'art. 1, tit. 7, liv. 5, et en cette qualité doivent appartenir au domaine de la couronne, quand ils sont échoués sur le bord de la mer, en payant les salaires de ceux qui les auront rencontrés et mis en lieu de sûreté.

Mais, s'ils sont pris en pleine mer, ils appartiennent en entier, ainsi que les poissons à lard, à ceux qui les ont pêchés (art. 3). Il en est de même si ces poissons ont été conduits et chassés sur les grèves par l'industrie des pêcheurs (1). Les poissons royaux, pour appartenir au domaine, et les poissons à lard, pour être considérés comme épaves, doivent être venus à la côte naturellement *et sans aide d'hommes.*

Au moyen de cette exception, il ne s'est, dit Valin, jamais présenté de cas où l'on pût faire l'application de l'article qui attribue les poissons royaux au fisc; on a toujours supposé qu'ils avaient été pris en pleine mer ou sur les flots, en un mot, à l'aide d'hommes. Il serait donc sage d'abroger le droit du fisc sur les poissons échoués. Sans produire aucun profit au domaine, ce droit peut devenir un moyen de vexer les pauvres habitans des rivages de la mer.

40. L'ordonnance de la marine fait une exception au droit d'é-

(1) V. l'art. 42 du tit. 9, liv. 4, et la note de Valin sur cet article, et sur l'article 1, tit. 7, liv. 5.

pavés, relativement aux varechs ou herbes marines qui croissent en mer ou sur les rivages. Elle distingue ceux qui sont attachés aux rochers ou au rivage, de ceux que la mer a détachés et jetés sur les grèves. Ces derniers appartiennent au premier occupant; toutes personnes peuvent les prendre indifféremment, en tout temps, en tous lieux, et les transporter où bon leur semble (art. 5, tit. 10, liv. 4).

Quant à ceux qui restent attachés aux rochers, la coupe en appartient exclusivement aux habitans des paroisses situées sur les côtes de la mer, à l'endroit de leurs territoires (art. 1); mais la coupe en est réglée par des dispositions qu'on peut voir dans le même titre, et par une déclaration du 30 mai 1731, rapportée par Valin, *ibid.*, et dans le *Nouveau Répertoire*, v° Varech.

Le droit exclusif attribué aux habitans des bords de la mer, de cueillir le varech ou gouesmon à l'endroit de leur territoire, leur fut ôté par un arrêté du représentant du peuple Lecarpentier; mais cet arrêté, pris sur de faux principes, a été rapporté le 18 thermidor an x, par un arrêté du Gouvernement qui autorise les préfets à déterminer par des règlemens *conformes aux lois*, tout ce qui est relatif à la pêche en gouesmon et varech (1).

Quant aux épaves maritimes qui ne sont pas du crû de la mer, il faut distinguer les effets tirés du fond de la mer ou trouvés sur les flots, des effets échoués sur les grèves et rivages.

41. Relativement aux premiers, il y a des effets qui appartiennent en entier à celui qui les a pêchés, lorsque le propriétaire ne réclame point, tels que les ancres tirées du fond de la mer; elles appartiennent en entier à ceux qui les ont pêchées, si elles ne sont réclamées dans deux mois après la déclaration qui doit en être faite (art. 28, tit. 9, liv. 4); ce qui doit s'entendre des ancres auxquelles ceux qui les ont abandonnées n'ont pas mis, comme le leur ordonne l'art. 2, tit. 8, liv. 4, des bouées, hoirins ou gavitaux, c'est-à-dire une marque flottante pour indiquer l'endroit où ils ont été forcés de les laisser.

42. Quant aux autres effets tirés du fonds de la mer ou *trouvés sur les flots*, et procédant de jet, bris ou naufrage, l'art 19 du tit. 9, liv. 4, enjoint à ceux qui les auront pêchés ou trouvés, de les mettre en sûreté, et d'en faire leur déclaration dans les vingt-quatre heures au plus tard. Ces effets doivent être proclamés ou publiés dans les ports et villes maritimes les plus proches, à la diligence du procureur du roi (art. 21).

La troisième partie de ces effets doit être délivrée incessamment et

(1) *V.* le *Nouveau Répertoire*, v° Varech.

sans frais, en *espèces ou deniers*, à ceux qui les auront trouvés ou pêchés, et les deux autres tiers doivent être déposés pour être rendus aux propriétaires, s'ils les réclament dans l'an et jour de la proclamation; après lequel temps les propriétaires sont déchus de toute réclamation, et les effets appartiennent au fisc ou au domaine, les frais de justice préalablement pris sur iceux (art. 24 et 27, tit. 9, liv. 4).

Il en est de même d'un navire trouvé en pleine mer, abandonné de son équipage. Celui qui l'aurait sauvé devrait avoir le tiers, tant de la valeur du navire que de tout ce qui s'y trouverait, sauf le recours des propriétaires contre les assureurs chargés de la baraterie du patron, ou contre le capitaine, dans le cas où il ne serait pas excusable de l'avoir abandonné (*voy.* Valin, sur l'art. 27 du tit. 9, liv. 4).

43. Si les effets étaient sauvés au moment ou à la suite d'un naufrage auquel on travaille actuellement, ceux qui les auraient sauvés ne pourraient prétendre que les frais de sauvement (*voy.* Valin, *ibid.*).

Il en est de même des effets trouvés sur le rivage ou près du rivage, et même des vaisseaux échoués (art. 26, *ibid.*). Ceux qui les ont trouvés ou sauvés n'y peuvent prétendre autre chose que leurs frais de sauvement (1); et si ces effets ne sont pas réclamés dans l'an et jour, ils appartiennent au fisc.

44. Cependant, et par exception, l'argent, les bijoux et autres choses de prix trouvés sur un cadavre noyé, s'ils ne sont pas réclamés dans l'an et jour, appartiennent pour un tiers à celui qui a trouvé le cadavre, et les deux autres au fisc (art. 36, *ibid.*), les frais de justice préalablement payés.

45. Au reste, il faut voir les sages dispositions de l'ordonnance de la marine, liv. 4, tit. 9, art. 1, qui met sous la protection et sauve-garde des lois, les vaisseaux, leur équipage et chargement, qui auront été jetés par la tempête sur les côtes de France, ou qui autrement y auraient échoué. Ainsi, cette ordonnance abrogea, sans retour, le barbare droit de bris et naufrage, qui, au mépris de la justice naturelle et de l'humanité, avait eu cours pendant si longtemps en France et chez les autres nations.

Les art. 19 et 20 du tit. 9, liv. 4, contiennent des dispositions communes aux effets tirés du fond de la mer, trouvés sur les flots ou sur les rivages, et provenant de jet, bris ou naufrage, et aux effets même du crû de la mer, tels que les poissons à lard ou royaux trouvés échoués sur le rivage. Ceux qui les ont trouvés doivent les mettre

(1) *V.* Valin, sur l'art 27, tit. 9, liv. 4, et sur l'art. 19

en sûreté, et en faire leur déclaration, dans les vingt-quatre heures, aux officiers de l'amirauté.

Mais aujourd'hui les amirautés sont supprimées par l'art. 1 du tit. 5 de la loi du 9 août 1791. Cette loi charge le juge de paix de veiller à la conservation des effets provenus d'échouement, bris ou naufrage, de vendre de suite les effets qui ne sont pas susceptibles d'être conservés; et s'il ne se présente point de réclamations dans le mois, il doit procéder, en présence du chef des classes le plus prochain, à la vente des marchandises les plus périssables, et sur les deniers en provenant, payer les salaires des ouvriers, suivant le règlement qu'il en aurait fait provisoirement et sans frais (art. 3 et 6 du tit. 1).

46. L'*ordonnance des eaux et forêts*, du mois d'août 1669, appelle *espaves d'eau*, tit. 1, art. 3, toutes celles qui sont trouvées au milieu des fleuves et rivières navigables, ou que l'eau a déposées sur leurs rives. L'art. 16 du tit. 31 ordonne qu'il en soit rapporté un procès-verbal, pour être lu à la première audience du tribunal de la maîtrise, aujourd'hui du tribunal civil, qui ordonne que si, dans un mois, elles ne sont réclamées, elles seront vendues au profit du domaine, et les deniers en provenant mis aux mains du receveur, sauf à les délivrer à celui qui les réclamera dans un mois après la vente, s'il est ainsi ordonné en connaissance de cause.

47. Il n'y a pas de règles particulières sur les épaves des rivières non navigables. Elles suivent donc celles des épaves de terre, et elles n'étaient point uniformes dans l'ancienne législation.

48. Tous les effets, paquets, balles et ballots, qui se trouvent dans les bureaux des carrosses, coches ou messageries, et maisons où se tiennent des voitures publiques, tant par terre que par eau, qui n'ont point été réclamés pendant l'espace de deux ans révolus, et dont on ne connaît point les propriétaires, appartiennent au domaine à titre d'épaves (1).

Ce délai de deux ans est fatal, suivant la déclaration du 20 janvier 1699. Après ce temps écoulé, le régisseur des domaines peut faire vendre ces effets au profit du domaine.

Les effets abandonnés et non réclamés dans les greffes criminels, doivent également être vendus au profit du domaine. On le jugeait ainsi dans l'ancienne jurisprudence, et la loi du 11 germinal an IV l'ordonne expressément; mais elle donne aux propriétaires le droit de former leur réclamation pendant le délai d'une année, à compter du jour de la vente. Après ce terme, aucune réclamation n'est reçue.

(1) *V.* le *Repertoire* de M. Merlin, vo Épaves.

49. Quant aux autres épaves, certaines coutumes, comme celle de Bretagne, art. 47, et celle d'Orléans, art. 164, en donnaient le tiers à l'inventeur, les deux autres tiers au seigneur, aujourd'hui à l'État. Les autres coutumes attribuaient les épaves au seigneur en entier, sans en donner aucune part à l'inventeur.

Cependant plusieurs autres distinguaient, et enseignaient que le seigneur ne pouvait prétendre que les bêtes égarées, qui sont proprement appelées épaves; mais que les autres objets, l'argent, les bijoux, etc., appartenaient à l'inventeur. Cette distinction, adoptée par le sage Domat (1), qui a mérité d'être proclamé le restaurateur de la raison dans la jurisprudence, se rapproche du droit naturel suivi par le droit romain; mais elle n'était pas suivie. Ce droit d'épaves n'étant presque d'aucun produit pour le domaine, il serait bien à désirer qu'une loi précise et uniforme rétablît et fixât les vrais principes sur cet objet.

En attendant, il résulte de l'art. 717 du Code, que l'État est le seul propriétaire du produit des ventes d'épaves non réclamées, sous la déduction du tiers attribué à l'inventeur, dans les lieux seulement où la coutume le leur accordait (2).

Ceux qui ont trouvé des choses perdues doivent les faire publier aux lieux et de la manière accoutumée (voy. le *Nouveau Denisart*, v° Épaves; Pothier, *Traité de la propriété*, n°s 68 et suivans : la *Coutume de Bretagne*, art. 47).

50. Quelques auteurs considéraient comme épaves les essaims

---

(1 *Du droit public*, liv. 1, tit. 6, sect. 3, art. 6. *V.* le *Nouveau Répertoire*, v° Épaves.— (2) Les lois promises par l'art. 717 du Code, pour régler les droits sur les effets jetés à la mer, sur les objets que la mer rejette, de quelque nature qu'ils puissent être, etc., et sur les choses perdues dont le maître ne se représente pas, n'ayant point été faites, nous avions pensé qu'on pouvait en induire que ces choses doivent appartenir à l'État à titre d'épaves. Un savant professeur en théologie de Paris nous a fait observer qu'il faut plutôt en conclure qu'à défaut de ces lois, nous en sommes restés dans les purs termes du droit naturel, et nous sommes entièrement de son avis; car nos vieilles lois et coutumes sur ces objets ne s'accordent plus avec les principes et les dispositions du Code : 1° L'article 2279 du Code donne trois ans au propriétaire pour réclamer la chose qu'il a perdue; or, les anciennes coutumes n'accordaient point un si long délai, les plus indulgentes n'accordaient qu'un an. Pothier, *Traité de la propriété*, n° 72; 2° à prendre le même art. 2279 et le suivant dans leur sens naturel, après trois ans la chose paraît assurée au possesseur; 3° il n'existe ni moyen légal de faire parvenir les objets au trésor public ni mode déterminé de faire les proclamations autrefois prescrites; 4° un arrêté du Conseil d'état, rapporté par Sirey, 1821, 2e part., page 70, reconnaît que c'est aux *tribunaux* à décider si l'objet trouvé appartient à l'inventeur, et non point à l'administration; enfin, les art. 539 et 713, qui déférent à l'état les biens vacans et sans maîtres, ne s'appliquent qu'aux immeubles. *V.* Delvincourt, tome 2, page 207. Or, comment prouver que des objets égarés sont sans maître? On ne peut donc appliquer nos anciennes lois et usages tombés en désuétude à ces objets. *Res est inventoris.*

d'abeilles qui s'étaient envolées d'une ruche, et que le propriétaire avait cessé de poursuivre. Hors du territoire de ces coutumes, elles appartenaient au premier occupant (1). L'art. 5, sect. 3, tit. 1er de la loi sur les biens et usages ruraux, du 6 octobre 1791, permet au propriétaire de les poursuivre, et de s'en ressaisir tant qu'il n'a point cessé de les poursuivre; mais s'il a cessé, elle déclare que l'essaim *appartient au propriétaire du terrain sur lequel il s'est fixé.* Ainsi il n'appartient plus au premier occupant : et celui qui s'en serait emparé devrait être condamné de le rendre au propriétaire du terrain où il s'était fixé.

51. Les moyens dérivés d'acquérir la propriété sont ou naturels ou civils; c'est-à-dire qu'ils dérivent du droit naturel ou du droit civil (2).

52. Le seul moyen dérivé d'acquérir la propriété, suivant le droit naturel, est la tradition, par laquelle le propriétaire transmet la *possession* d'une chose, meuble ou immeuble, à une autre personne, avec la *volonté* de lui en transférer la propriété (3).

53. On peut distinguer le titre du moyen d'acquérir. Le moyen d'acquérir est, comme nous l'avons déjà dit, l'acte ou le fait qui confère immédiatement la propriété. Le titre est la raison ou la cause en vertu de laquelle cet acte ou ce fait transfère la propriété (4).

54. Le titre et le moyen d'acquérir étaient toujours soigneusement distingués dans le droit romain et dans notre ancienne jurisprudence française : ils le sont encore dans presque toutes les législations de l'Europe (5). Si je prends possession d'un champ qui m'a été vendu, mon titre est mon contrat, et le moyen d'acquérir est la tradition qui m'en est faite, ou ma prise de possession.

55. Le titre ne produisait qu'une action personnelle contre le vendeur, et ne donnait à l'acquéreur qu'une action pour le contraindre à livrer la chose, ou à payer des dommages et intérêts, s'il s'était mis par sa faute dans l'impuissance de la livrer. Ainsi le titre ne donnait

---

(1) Pothier, *de la Prop.*, nos 80 et 81. *V.* encore ce que nous avons dit t. 3, p. 235. — (2) Heineccius, *Elem. jur. civ.*, § 340; *Instit. de rer. divis.*, § 11. — (3) *Nihil enim tàm conveniens est naturali æquitati, quàm voluntatem, domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.* Leg. 9, § 3, *ff. de Acquir. rer. dom.*, 41, 1. — (4) Wolf, *Jus nat.*, 1re part. § 113, Heineccius, *ubi suprà*, § 329. — (5) Delolme, *Constitution of England*, édition de 1781, page 108, excepte l'Angleterre. « *By the common law, property is transfered by writing; but by the civil law,* « *tradition, or actual delivery is more over necessary.* » Delolme se trompe. *V.* les *Commentaires* de Blackstone, book 2, chap. 20, tome 2, pages 311, 312, 440, 442 et 443, édition de Londres, 1783, in-8. *V.* aussi le *second Essai historique sur les lois*, traduit de l'anglais par Bouchaud, page 197. L'auteur de ces Essais, inconnu à Bouchaud, est lord Kames. *V* la Vie de Smith, par Stewart.

qu'un droit à la chose, *jus ad rem* (1). La tradition ou la prise de possession opérait seule la translation de la propriété, qui jusqu'à ce moment avait résidé sur la tête du vendeur.

Nous avons fait voir, dans le livre précédent, qu'avant l'établissement de l'état civil, la propriété ne pouvait s'acquérir que par l'occupation; qu'elle se conservait par la possession, et se perdait avec elle; qu'aussitôt qu'une personne avait cessé de posséder ou d'occuper une pièce de terre ou une chose mobilière, une autre personne pouvait s'en emparer. Tandis que subsista cet état, qu'on a mal à propos appelé l'état de nature, puisque l'état civil est tout aussi conforme à la nature de l'homme, et qu'il est le seul propre à perfectionner ses facultés, il est bien évident que la propriété passagère qui existait alors, ne pouvait être transférée que de la même manière dont elle avait été acquise, c'est-à-dire par la mise en possession ou par la tradition. Les conventions ne pouvaient avoir de force contre les tiers. Le champ que personne ne possédait plus étant redevenu soumis au droit du premier occupant, l'ancien possesseur aurait inutilement cédé, par une simple convention, une chose qui n'était plus en sa possession : il ne pouvait transférer à son cessionnaire plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Si le champ se trouvait occupé, le cessionnaire n'y pouvait prétendre aucun droit en vertu de sa cession; s'il était vacant, il en acquérait la propriété par l'occupation.

Il était donc vrai de dire alors que la propriété ne pouvait se transférer que par la tradition ou prise de possession, et non par de simples conventions, ou par la seule volonté du propriétaire : *Traditionibus..... dominia rerum non nudis pactis transferuntur.* Leg. 20, *Cod. de pact.* 2, 3.

56. Mais lorsque les lois civiles eurent créé la propriété proprement dite, en la rendant permanente; lorsque la propriété et la possession, qui étaient confondues dans l'origine, furent devenues, dans l'état civil, deux choses distinctes et indépendantes l'une de l'autre, qui n'ont plus rien de commun (2), et qui peuvent légalement appartenir à deux personnes différentes, il est bien évident qu'il devint possible d'acquérir la propriété sans acquérir la possession, et qu'il fut même contradictoire de dire que celui qui s'était dépouillé, par une convention dûment acceptée, de tous les droits qu'il avait sur

(1) C'est ce que les Anglais appellent *propriété en action*, à la différence de *la propriété en possession*, qui est le *jus in re*. *V.* Blackstone, *ubi suprà*; Halifax, dans sa *Comparaison du droit romain avec le droit anglais*, Analysis of the roman civil law, pages 21 et 60. — (2) *Nil commune habet proprietas cum possessione.* Leg. 12, § 1, *ff. de Acquir. rer. dom.*, 41, 1.

une chose, conservât néanmoins le droit de propriété, jusqu'à ce que son cessionnaire se mît en possession réelle de la chose.

Si celui qui a perdu la possession n'en conserve pas moins la propriété, il peut transférer (1) le droit qu'il a conservé, et tel qu'il l'a conservé. Sa volonté, suivie de l'acceptation du cessionnaire, suffit pour opérer cette translation (2), sans qu'il soit nécessaire de transférer en même temps la possession qu'il a perdue. Il transfère le droit de posséder, qui fait essentiellement partie de la propriété, sauf au cessionnaire à l'exercer comme bon lui semblera; mais le cédant ne peut plus ni l'exercer lui-même, ni le transférer à une autre personne, puisqu'il s'en est irrévocablement dépouillé.

57. Cependant les jurisconsultes romains, sans faire attention au changement qui s'était opéré dans la nature de la propriété, établirent pour maxime qu'elle ne peut être transférée par de simples conventions, mais seulement par la tradition. C'était une maxime fondamentale (3) soumise à peu d'exceptions, et qui passa dans notre droit français, comme dans toutes les législations de l'Europe. Il paraît même qu'on en retrouve les traces dans presque toutes les sociétés naissantes, où la civilisation peu avancée n'avait point encore perfectionné les idées de la propriété. Il fallait frapper les sens et fixer la mémoire par des actes sensibles et matériels, dans des temps où l'écriture était inconnue, et où du moins l'usage en était rare (4).

On tirait de ce principe erroné des conséquences d'une injustice frappante. Si celui qui avait vendu une première fois son héritage ne l'avait pas encore livré, il pouvait le revendre à une seconde personne, qui en devenait propriétaire incommutable par la tradition (5), sans qu'il restât d'autre ressource au premier acquéreur, qu'une action en dommages et intérêts contre le vendeur de mauvaise foi.

Pour éluder ces conséquences et d'autres non moins injustes, on avait imaginé des traditions feintes ou simulées, des traditions symboliques (6), qui rendaient rare l'application d'un principe dont on reconnaissait l'injustice, sans oser l'abandonner.

---

(1) Wolf, *Jus nat.*, 3e part., § 26.— (2) *Ibid.*, § 13.— (3) Hein., *Recit. in elem. jur. civ.*, § 339.—(4) *V.* le *second Essai sur l'orig. des lois*, de lord Kames, ci-dess. cité, p. 156 et suiv., 196 et 197. *V.* le *Journ. des Savans*, janvier 1787, page 31. — (5) *V.* Pothier, *Traité du contrat de vente*, no 319. De là encore on concluait que les créanciers du vendeur pouvaient saisir la chose vendue avant qu'elle eût été livrée, quand même l'acheteur en aurait payé le prix. L'acheteur n'avait qu'une action contre son vendeur, mais aucun privilége sur cette chose. *V.* aussi Heineccius, *Recitat. in elem. jur. civ.*, § 339.— (6) Pothier, *de la Propriété*, nos 195 et suiv.; le *Glossaire*, de Delaurière, vis Vesture, Vest, Devest, Saisine, et ibi laudatos. « Jusqu'ici, dit lord Kames, *ubi suprà*, page 197, l'écriture, parmi « nous, n'a point fait cesser la nécessité d'une tradition symbolique; mais quand « nos idées viendront à se perfectionner, et qu'on rega dera plutôt à la substance

58. Lorsque, après plusieurs siècles d'une soumission absolument aveugle à l'autorité des lois romaines, des esprits supérieurs osèrent les juger (1), et soumettre leurs principes à l'autorité de la raison en les comparant au droit naturel, ils rangèrent l'ancien principe, que la propriété ne peut se transmettre par de simples conventions, au nombre de ceux que la raison réprouve, et démontrèrent que la volonté seule du propriétaire suffit pour transférer immédiatement tous ses droits à celui qui les accepte, sans qu'il soit besoin de tradition, ni d'aucun acte extérieur (2).

Mais cette vérité, quoique démontrée, n'en demeura pas moins stérile et reléguée dans les écoles pendant plus d'un siècle. Le principe erroné du droit romain reçut une nouvelle sanction dans les Codes (3) que quelques souverains de l'Europe firent rédiger et publier dans leurs états, sur la fin du dernier siècle.

59. Il était réservé au Code civil d'opérer, dans cette partie de la jurisprudence, une réforme sollicitée par la raison. Il pose en principe que la propriété s'acquiert par *l'effet* des obligations (711); qu'elle est *acquise* de droit, quoique la chose n'ait pas encore été livrée (1583, 938); en un mot, que l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes, *et qu'elle rend le créancier propriétaire* (1138, 2108).

60. Ce n'est pas ici le lieu de développer les conséquences de ce principe; il nous suffit d'avoir montré qu'il est fondé sur la justice et la raison (4). Nous en suivrons l'application dans les différentes par-

---

« qu'à la forme, il est probable que les symboles extérieurs, qui, depuis long-« temps ont été négligés pour les droits personnels, le seront pareillement pour « les droits qui affectent les fonds de terre.»

(1) Grotius, Puffendorf et les auteurs qui ont après eux écrit sur le droit naturel; Wolf, *Jus nat.*, etc., etc. — (2) Wolf, *ubi suprà*, §§ 13, 19, 20; Heinec., *Jus nat. et gent, lib.* 1, § 275, Pothier, *Traité de propriété*, n° 245.—(3) *Code Frédéric*, rédigé par Cocceius, 2e part., liv. 2, tit. 3, § 4; *Code prussien*, rédigé par le chancelier Crammer, traduction française de l'an IX, 1re part., tit. 9, § 3, tome 1, p. 174. —(4) Les Romains eux-mêmes le reconnaissaient. *V.* Leg. 9, § 3, *ff. de Acquir. rer. dom.*, ci-dessus citée : *Nihil enim tàm conveniens est naturali æquitati quàm voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.* — [Les Romains n'ont jamais reconnu que le principe dont il s'agit fût fondé sur la justice et la raison. Cette prétendue déclaration ne se trouve dans aucun texte. Celui que rapporte M. Toullier a pour but précisément de justifier la transmission de la propriété par la tradition. Voici, en effet, ce qu'on lit dans la phrase qui précède : « *Hæ quoque res quæ traditione nostræ fiunt, jure gentium nobis adquiruntur, nihil enim, etc.* Ajoutons que le principe du droit romain n'était pas aussi déraisonnable que le pense M. Toullier. Sans doute, dans une transmission de propriété, si l'on considère uniquement les intérêts de l'aliénateur et de l'acquéreur, la tradition et tous les autres moyens employés pour opérer cette transmission paraissent, disons mieux, sont tout à fait inutiles. Mais ce point de vue n'est pas le seul dont on doive se préoccuper. Une aliénation n'intéresse pas uniquement les personnes entre lesquelles elle a lieu. La connaissance de

ties de la jurisprudence qui nous restent à expliquer (1). Nous nous bornerons à indiquer ici une seule de ces applications à la matière des servitudes, sur laquelle nous n'aurons plus occasion de revenir.

Le titre constitutif d'une servitude ne produisait, suivant l'ancien principe, qu'une action personnelle (2), si la tradition n'avait pas suivi; et cette tradition s'opérait, comme nous l'avons dit, liv. 2, par l'usage qu'en faisait celui à qui elle était due, du consentement de celui qui la devait, *usu et patientiâ* (1607. Pothier, *de la Propriété*, nos 201 et 214). On en concluait qu'à défaut de tradition de la servitude, elle s'évanouissait par la vente du fonds servant, lorsqu'elle n'avait pas été déclarée dans le contrat, sauf à celui à qui elle était due, son action en dommages et intérêts contre le vendeur de mauvaise foi (3).

Cette décision ne peut plus être suivie aujourd'hui. Les servitudes sont des droits réels, des démembremens de la propriété parfaite, qui s'acquièrent par les mêmes moyens que la propriété elle-même, par le seul effet des conventions, sans tradition (711). Ainsi la vente du fonds servant, sans déclaration des servitudes, ne peut les faire évanouir; elles passent avec le fonds, car le vendeur ne peut transmettre à l'acquéreur des doits plus étendus que ceux qu'il avait lui-même (2182). S'il n'avait qu'une propriété imparfaite ou grevée de servitudes, il n'a pu transférer une propriété parfaite.

---

ce fait, importe également aux tiers, surtout à ceux qui voudront traiter par la suite avec l'aliénateur. Il était donc nécessaire de lui donner toute la publicité possible; en conséquence, on subordonna la transmission de la propriété à la tradition. Il faut convenir que ce moyen était défectueux, et que même dans les derniers temps, il était supprimé de fait. Les clauses de *dature*, de *vest*, de *saisine*, de *constitut* et de *précaire*, par lesquelles l'aliénateur se reconnaissait possesseur au nom de l'acquéreur, lequel se trouvait, par cela même, saisi de la propriété, étaient devenues d'un usage habituel dans les actes. C'est avec raison que le Code a supprimé ces moyens, mais en donnant au contrat seul l'effet de transmettre la propriété, n'est-il pas allé trop loin, n'eût-il pas dû consacrer le système établi par la loi du 11 brumaire an VII. *V.* la note suivante. Aujourd'hui ce point paraît à peu près décidé, et il est sérieusement question de rétablir la transcription dans le projet de loi sur le régime hypothécaire qui s'élabore en ce moment.]

(1) Il est bon d'observer ici que la loi du 11 brumaire an VII, sur le régime hypothécaire, établissait en principe général que nul acte translatif de propriété ne pouvait avoir d'effet contre *les tiers*, s'il n'était pas transcrit sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens étaient situés; cette transcription était nécessaire pour transférer la propriété. *V.* les art. 26 et 27 de cette loi, le *Nouveau Répertoire*, vo Transcription, pages 77 et 78, 3e édition; l'arrêt de la Cour de cassation, du 16 octobre 1810, Sirey, 1811, page 25. Ce principe a été suivi jusqu'à la promulgation du Code civil.— (2) *V.* le *Code Frédéric*, 2e part., liv. 2, tit. 10, § 10, où la chose est bien expliquée; Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 6, page 326; Dunod, *des Prescriptions*, page 297; Heinoccius, *Elem. jur. civ.*, § 339, à la note.—(3) Voët, *in Pondect., lib.* 8, *tit.* 6, *in princ., et tit.* 1, no 6.

61. Mais si la propriété des immeubles se transfère ou s'acquiert par le seul effet des conventions, il n'en est pas ainsi des choses mobilières, dont la propriété n'a point la même stabilité que celle d'un fonds de terre, et qui peuvent passer en un jour dans une foule de mains différentes, et dont la vente se fait le plus souvent verbalement.

Le Code a donc suivi l'ancien principe, qu'en fait de meubles, la possession vaut titre (2279). La maxime que la propriété ne se transfère que par la tradition conserve sa force à leur égard (1). « Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle qui en a été mise en possession réelle est préférée, et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi (1141) » (*voy.* tome 7 n^os^ 4 et suivans) (*a*).

62. C'est de la loi que viennent tous les moyens dérivés d'acquérir la propriété (2); mais, en certains cas, la propriété est transférée par la seule force de la loi, sans le concours du propriétaire; en d'autres cas, la loi ne fait que ratifier la volonté du propriétaire, qui désire transférer son droit à une autre personne.

Enfin, en d'autres cas, la loi exige le ministère de la justice.

La propriété est transférée par la seule force de la loi, sans le concours du propriétaire, 1° dans le cas de la mort civile; 2° dans le cas de l'art. 305, qui transférait *de plein droit* la propriété de la moitié des biens des époux divorcés par consentement mutuel, aux enfans nés de leur mariage; disposition qu'il faut appliquer aux divorces prononcés avant la loi qui abolit le divorce; 3° dans le cas de la révocation des donations par survenance d'enfans (963); 4° dans le cas des successions légitimes; 5° dans le cas de la prescription qui dérive du droit naturel, en ce que la propriété est acquise par la possession. Ainsi, ce moyen d'acquérir participe du droit naturel et du droit civil.

La propriété est transférée par l'effet de la volonté du propriétaire, suivie d'acceptation, 1° dans le cas des conventions; 2° dans le cas des donations et testamens; 3° dans le cas de l'abdication.

Elle est transférée par le ministère de la justice, dans le cas de vente par expropriation forcée, dans le cas des aliénations forcées pour cause d'utilité publique, et dans le cas des confiscations, qui n'ont plus lieu que pour certains objets mobiliers, en cas de fraude ou de

(1) *V.* le *Nouv. Rép.*, v° Tradition, p. 49 et 51, 3^e^ éd. — (*a*) *V.* note du n° 359, tome 3. — (2) *V.* ce que nous avons dit tome 3, chap. 5, comment se perd la propriété.

contravention à la loi. La peine de la confiscation des biens est abolie par la Charte, art. 66.

63. Les moyens dérivés d'acquérir la propriété sont à titre universel ou à titre singulier. Les premiers sont ceux par lesquels on acquiert l'universalité, ou une quote part dans l'universalité des biens ou des droits d'une personne; telles sont les successions *ab intestat*, les institutions d'héritier ou legs universels, les legs à titre universel, et les donations de biens présens et à venir, dans le cas où elles sont permises.

Le Code traite d'abord des moyens d'acquérir à titre universel.

# TITRE PREMIER.

## DES SUCCESSIONS (1).

## NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

### SOMMAIRE

64. Ce qu'on entend par succession.
65. Ce que c'est qu'un héritier.
66. Ce que c'est que l'hérédité et le droit héréditaire.
67. Deux manières de succéder; 1° par la disposition de la loi;
68. 2° Par la volonté de l'homme.
69. Les successions testamentaires sont des exceptions à la règle commune.
70. Trois ordres réguliers de successions légitimes.
71. Des successions irrégulières
72. Division de la matière en six chapitres.

64. La succession, considérée comme un moyen d'acquérir, est l'action de succéder (2) à une personne, c'est-à-dire de prendre la place qu'elle laisse vide par son décès, et de la représenter dans tous les biens, dans tous les droits et dans toutes les charges qui peuvent passer à un successeur (3): c'est un moyen d'acquérir à titre universel.

Sous un autre point de vue, les successions sont les manières dont

(1) *V.* sur la matière des successions, le savant ouvrage de Lebrun; celui de Pothier, que les rédacteurs du Code ont le plus suivi, et où ont été puisées beaucoup de sages dispositions; mais *voy.* surtout l'excellent Traité des successions de M. Chabot, qui fut chargé, par la section de législation, de faire au Tribunat le rapport de la loi sur les successions. Son ouvrage m'a été d'un grand secours, lors même que je ne le cite pas. La 5e édition vient de paraître en 1818, en 3 volumes in-8o. — (2) *Nihil aliud est hæreditas quàm successio in universum jus quod defunctus habuit.* Leg. 24, *ff. de V. S.*; leg. 62, *ff. de R. J* — (3) Wolf, *Jus nat.*, 7e part., § 964. *Jura personalia non pertinent ad hæreditatem*, § 965. *Nullæ obligationes personales transeunt ad hæredem*, § 966.

les biens, les droits et les charges des personnes qui meurent passent aux personnes qui entrent dans leurs places (1).

65. On appelle héritier celui qui prend la place d'une personne morte, qui succède à tous les droits qu'elle avait, ainsi qu'à toutes ses obligations, et qui, par cette raison, est dit représenter la personne morale du défunt (2).

Le mot héritier vient de *hæres*, qui, chez les anciens Romains, signifiait *propriétaire* ou *maître*, *herus*, *dominus* : *Veteres enim hæredes pro dominis appellabant* (3).

Ainsi, dans l'origine, héritier et propriétaire sont deux mots synonymes.

66. On appelle *hérédité* l'universalité ou la masse des biens, des droits ou des charges qu'une personne laisse après sa mort (4).

Enfin, on appelle droit héréditaire ou droit de succession, la faculté légale de succéder aux biens et aux charges d'une personne décédée, c'est-à-dire d'acquérir sur l'universalité des biens du défunt tous les droits qui lui appartenaient.

Ainsi, l'hérédité ou les biens laissés par le défunt, le droit de succéder à ces biens, et la manière d'exercer ce droit, sont trois choses différentes qu'il ne faut pas confondre (5).

67. Il y a deux manières de succéder, usitées chez presque toutes les nations civilisées, et admises par le Code; l'une par la disposition de la loi, l'autre par la volonté de l'homme. La première s'appelle succession légitime, parce qu'elle fait passer les biens du défunt aux personnes qui s'y trouvent appelées par la proximité du sang ou de la parenté, selon l'ordre établi par la loi.

68. Les successions déférées par la volonté de l'homme viennent des institutions d'héritier.

Le droit romain ne les permettait que dans les testamens. L'institution d'héritier était même ce qui formait à Rome la différence caractéristique d'un testament et d'un codicille; mais il n'était pas permis de faire un héritier par un acte entre vifs. Les lois rejetaient, comme contraires aux bonnes mœurs, tous les contrats, de quelque nature qu'ils fussent, par lesquels un homme aurait disposé de sa succession (6).

Dans presque toute la France, au contraire, on admettait les in-

(1) Domat, 2e part., préf., § 2, p. 305. — (2) Wolf, *ubi sup.*, § 958, *juxtâ secundâ part.*, § 70; Domat, 2e part., liv. 1 titre 1, sect. 1, § 1.— (3) *Inst. de hæred. qualit et differ.*, § 6. — (4) Domat, *ubi suprà*, dans un autre sens : les charges ne font point partie de l'hérédité : *Onera ad hæreditatem non pertinent. Hoc ab ed deducendum.* Wolf, *ubi suprà*, § 964; ce qui est vrai, suivant la maxime *non nostrum est, nisi deducto ære alieno* — (5) Wolf, § 960, à la note.—(6) *V.* Argou, tome 2, page 1?2

stitutions d'héritier par actes entre vifs, pourvu qu'elles fussent faites dans un contrat de mariage : c'est ce qu'on appelait institution contractuelle (1), succession contractuelle, ou convention de succéder.

La jurisprudence française accordait aux contrats de mariage autant de faveur que les Romains aux testamens.

Les institutions contractuelles et testamentaires furent abolies en France par les lois des 7 mars 1793, 5 brumaire et 17 nivôse an II. Le Code civil a rétabli les institutions d'héritier par testament dans l'art. 1002, et les institutions contractuelles dans l'art. 1082, comme nous le verrons au titre des donations.

Il y a donc encore aujourd'hui en France trois espèces de successions : les légitimes, les testamentaires et les contractuelles.

69. Le Code traite d'abord des successions légitimes, parce qu'elles sont plus naturelles que les testamentaires, plus nécessaires et d'un usage plus universel. On pourrait se passer des successions testamentaires et contractuelles, et non des successions légitimes.

Les successions testamentaires, quoiqu'elles l'emportent en plusieurs cas sur les légitimes, sont donc des exceptions. La faculté de disposer de ses biens par testament, en faveur des personnes autres que les héritiers du sang, est une dispense de la règle commune et générale (2), qui les appelle à recueillir tous les biens de la succession. C'est par cette raison qu'ils sont saisis de plein droit de tous les biens de la succession, et que l'héritier institué, ou légataire universel, est ordinairement tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament.

70. Il y trois ordres de successions légitimes et régulières :

Le premier, celui des enfans et autres descendans :

Le second, celui des pères et mères et autres ascendans;

Le troisième, celui des frères et sœurs, et autres parens descendus d'un même auteur, et qu'on appelle *collatéraux*, parce qu'au lieu que les descendans et les ascendans sont dans une même ligne, qui les lie successivement de l'un à l'autre, les frères et les autres parens plus éloignés sont placés entre eux, les uns *à côté des autres*, chacun dans sa ligne, sous les ascendans qui leur sont communs.

71. Au défaut de ces trois ordres d'héritiers légitimes, la loi fait passer les biens du défunt aux enfans naturels; à leur défaut, à l'époux survivant; et, s'il n'y en a pas, à l'État ou au fisc : *Fiscus post omnes* (723).

Ces trois dernières espèces de transmission des biens d'un défunt

(1) Boucheul, *Traités des conventions de succéder*, page 4.—(2) Domat, 2e part., liv. 2, préf.

s'appellent *successions irrégulières*, parce que les personnes à qui elles sont déférées ne jouissent pas en tout des mêmes droits que les héritiers légitimes.

72. Le Code divise la matière des successions en six chapitres.

1° De l'ouverture des successions et de la saisine des héritiers.
2° Des qualités requises pour succéder;
3° Des divers ordres de successions;
4° Des successions irrégulières;
5° De l'acceptation et de la répudiation des successions;
6° Du partage et des rapports.

## CHAPITRE PREMIER.

### *De l'ouverture des successions et de la saisine des héritiers.*

Ce chapitre se divise naturellement en deux sections; l'une, de l'ouverture des successions; l'autre, de la saisine des héritiers.

## SECTION PREMIÈRE.

*De l'ouverture des successions.*

SOMMAIRE.

73. Les successions ne s'ouvrent que par la mort naturelle ou civile, et non par l'absence.
74. Règles pour juger de la survie entre plusieurs personnes qui meurent ensemble.
75. Quid de deux jumeaux.
76. Les règles prescrites par le Code sont obligatoires, si les circonstances du fait n'offrent des présomptions plus fortes.
77. Exemples de ces présomptions.
78. Les règles de survie établies dans cette section sont-elles applicables aux héritiers institués, aux légataires ou donataires?
78 *bis*. Examen de l'opinion de M. Chabot. Pourquoi les présomptions de survie ont été établies; cas où elles doivent être appliquées.

73. Il est important de fixer l'époque de l'ouverture des successions, pour connaître quels sont les véritables héritiers; car il peut arriver que ceux qui n'étaient pas héritiers à telle époque le deviennent à telle autre, ou que ceux qui l'étaient cessent de l'être.

La mort seule donne ouverture aux successions; il ne saurait y avoir de succession d'un homme vivant. Ainsi, l'absence, quelque longue qu'elle soit, ne donne point ouverture à la succession, du moins relativement à la personne de l'absent; elle peut seulement autoriser les héritiers présomptifs à se faire envoyer en possession des biens de l'absent; et si l'envoi est définitif, il produit, presque à tous égards, les mêmes effets que l'ouverture de la succession par le

décès du propriétaire. Mais le droit des héritiers envoyés en possession définitive est résoluble, si l'absent ou ses enfans viennent à reparaître (1).

Les successions s'ouvrent par la mort naturelle et par la mort civile.

La succession est ouverte par la mort civile, du moment où cette mort est encourue. Ce moment est fixé dans la sect. 2, chap. 2, du titre de la jouissance et de la privation des droits civils.

74. La mort naturelle est un fait ordinairement facile à constater; cependant il peut arriver que plusieurs personnes, respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, périssent dans un même événement, sans qu'on puisse reconnaître laquelle est décédée la première. On est alors forcé de recourir aux présomptions. L'art. 720 veut que dans ces cas rares, la question de survie soit d'abord décidée par les présomptions que font naître les circonstances du fait, et ce n'est qu'à leur défaut qu'il trace des règles pour la décider, sur des présomptions tirées de la force de l'âge ou du sexe.

1° Si ceux qui ont péri ensemble avaient moins de quinze ans, le plus âgé sera présumé avoir survécu (721).

2° S'ils étaient tous au-dessus de soixante ans, le moins âgé sera présumé avoir survécu (721).

3° Si les uns avaient moins de quinze ans et les autres plus de soixante, les premiers seront présumés avoir survécu (721).

4° Si ceux qui ont péri ensemble avaient quinze ans accomplis et moins de soixante, le mâle est toujours présumé avoir survécu, lorsqu'il y a égalité d'âge, ou si la différence qui existe n'excède pas une année (722).

5° S'ils étaient du même sexe, le plus jeune est présumé avoir survécu au plus âgé (722).

6° Il résulte de la comparaison des art. 721 et 722, que la différence du sexe n'est pas considérée, lorsque les personnes qui ont péri ensemble n'avaient pas quinze ans accomplis, ou en avaient plus de soixante. Au premier cas, c'est le plus âgé, et au second, le plus jeune, qui sont présumés avoir survécu (2).

---

(1) *V.* ce que nous avons dit, tome 1, au titre des absens, chap. 3, sect. 1 § 2. Les droits que donne aux parens de l'absent l'envoi en possession de ses biens sont transmissibles, soit par succession, soit par testament. Ainsi, après la mort de l'envoyé en possession, les autres parens de l'absent ne peuvent réclamer ses biens qu'en prouvant qu'il a survécu. Arrêt rendu par la cour de Turin, le 5 mai 1810, rapporté par Sirey, an 1811, 2e part. page 95. — (2) *V.* le *Traité des successions* de M. Chabot, art. 722, sur la matière *de commorientibus*. *V.* aussi Dupineau, *Questions et Consultations*, chap. 9, page 696, et *ibi* Pocquet, Voët, *in Digest.*, *lib.* 34, *tit.* 5, no 3; Le brun, *des Successions*, liv. 1, sect. 13; Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 4, page 30.

7° Enfin, si l'un de ceux qui ont péri ensemble avait moins de quinze ans, et l'autre plus de quinze ans, mais moins de soixante, celui-ci est présumé avoir survécu, parce qu'il avait plus de forces. Cette décision dérive des principes établis dans les articles 721 et 722 (1).

75. Si deux jumeaux du même sexe, âgés de moins de quinze ans ou de plus de soixante, périssaient ensemble, le plus robuste serait censé avoir survécu (*a*); au contraire, il serait présumé décédé le premier, s'ils avaient quinze ans et moins de soixante (2).

S'ils étaient de sexe différent, le mâle serait présumé avoir survécu.

76. Telles sont les règles que nous trace le Code pour décider les questions de survie, lorsque deux personnes périssent dans le même événement.

L'ancienne jurisprudence n'avait rien de fixe sur ce sujet. Les décisions qu'on trouve dans le droit romain n'étaient ni suffisantes, ni obligatoires, et les juges se croyaient en droit de s'en écarter sur de simples prétextes d'équité (3).

Un décret du 20 prairial an IV, relatif aux personnes condamnées au dernier supplice, et mises à mort dans la même exécution, avait ordonné que le plus jeune serait présumé avoir survécu, lorsqu'il devient impossible de constater le prédécès.

Cette présomption doit encore être suivie aujourd'hui, dans le cas où deux personnes ont péri, non dans le même événement, mais le même jour, sans qu'on puisse savoir, par les circonstances des faits, laquelle est morte la première. Les différences de forces, d'âge et de sexe n'étant plus à considérer alors, il est naturel de suivre l'ordre même de la nature, c'est-à-dire que le plus jeune doit être présumé avoir survécu. Cette présomption est suivie par la disposition finale de

(1) Chabot, *ubi sup.*—(*a*) Toutefois il faudrait appliquer les présomptions établies par l'art. 721, § 1 et 2, si l'ordre de la naissance était connu. Suivant l'ancienne jurisprudence, on décidait, conformément à la loi 15, § 1, *ff. de statu hominum*, que l'enfant qui était sorti le premier du sein de la mère, était réputé l'aîné: cette décision est encore aujourd'hui généralement adoptée. *V.* Chabot, *Successions*, art. 722, n° 4; Duranton, tome 6, n° 52. Ainsi, dans cette hypothèse, selon que les deux jumeaux qui ont péri ensemble avaient moins de quinze ans ou plus de soixante, la présomption de survie militerait pour ou contre celui qui est venu au monde le premier. La différence du sexe ne devant pas non plus être prise en considération (*voy.* le § qui précède). M. Toullier ajoute dans la phrase suivante que, si les jumeaux avaient plus de quinze ans et moins de soixante, le plus robuste serait présumé décédé le premier. La présomption contraire me paraît bien préférable. Au surplus, comme la loi n'a pas statué sur cette hypothèse, les juges ne seront point obligés de se décider d'après cette présomption. Peut-être même devront-ils, écartant toute présomption de survie, les considérer comme morts tous les deux au même instant (*V.* Locré, tome 10, page 68). — (2) Chabot, *ubi suprà*.—(3) *V* Lebrun, *ubi suprà*;

l'art. 722, pour le cas où la présomption de survie ne peut résulter de la différence de l'âge et du sexe (1).

Le Code civil a enfin tracé des règles positives, et leur a donné l'étendue nécessaire pour embrasser tous les cas. Il a érigé ces règles en préceptes obligatoires dont les juges ne peuvent s'écarter, à moins que les circonstances du fait ne présentent d'autres présomptions de survie assez fortes pour l'emporter sur celles de la loi.

Du reste, les présomptions qui naissent des circonstances du fait sont nécessairement abandonnées à la prudence et à la sagacité des magistrats; on peut seulement en donner quelques exemples généralement adoptés par les auteurs (2).

77. Celui qui aurait été vu le dernier dans un naufrage ou dans un incendie, serait présumé avoir survécu, quoiqu'il fût de l'âge et du sexe le plus faible, quand même il n'aurait été vu que par un seul témoin (3); car ce témoin a du fait une connaissance positive, qui ne saurait être balancée par des conjectures ou présomptions.

Lorsqu'un incendie a commencé par le premier étage d'une maison, on présume que les personnes qui s'y trouvaient couchées ont péri avant celles qui l'étaient au second ou au troisième.

Celui qui était à l'avant-garde d'une bataille est présumé tué avant celui qui était à l'arrière-garde (*a*).

Celui qu'une infirmité griève empêchait de fuir le danger est présumé décédé avant celui qui a pu s'y soustraire pendant quelques instans.

L'épouse de Bobé, fille du célèbre jurisconsulte Dumoulin (4), ayant été massacrée dans sa maison par des voleurs, dans la nuit du 19 février 1572, on jugea que ses deux enfans, âgé l'un de huit ans, l'autre de vingt-deux mois, lui avaient survécu, parce que ces enfans étant sans défense, les assassins avaient intérêt d'égorger la mère avant eux.

78. Les règles prescrites au titre des successions, pour décider les questions de survie, lorsque les circonstances du fait ne donnent pas de lumières suffisantes, doivent-elles s'appliquer, 1° au cas où le testateur et l'héritier institué, ou le légataire, périraient dans le même événement? 2° au cas où le donateur et le donataire périraient ensemble, lorsque la donation porte un droit de retour en cas de prédécès du donataire, ou lorsque la donation est faite en cas de survie?

---

(1) *V.* la 5e édition du *Traité des successions* de M. Chabot, sur l'art. 720, n° 5. — [*V.* aussi Duranton, tome 6, no 42.] — (2) *V.* Lebrun, liv. 1, sect. 1, nos 13 et suiv.; Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 4, page 30.— (3) Voët, *ubi suprà*. — (*a*) *Secùs* dans une retraite. Delvincourt, tome 2, note 5 de la page 12. (4) Lebrun, *ubi suprà*.

La négative est soutenue par un auteur du premier mérite, qui jouit d'une grande célébrité, et son opinion a obtenu le suffrage d'un savant et profond magistrat.

Ses raisons sont que l'art. 720 ne parle que des personnes respectivement *appelées à la succession* l'une de l'autre, et qu'il n'est rien dit à cet égard au titre des donations et testamens. Il en conclut qu'il faut recourir à l'ancienne jurisprudence; puis il pose en principe que c'est à celui qui demande la nullité de la donation et du legs, de prouver le prédécès du donataire. Il ajoute que la simple présomption résultant de l'âge et du sexe ne peut suffire en cette matière, parce que, dans le doute, il faut prendre le parti le plus favorable aux actes, et ce qui peut les faire exécuter, suivant la loi 12, *ff. de rebus dubiis*. Il cite encore l'opinion de Bartole et un arrêt rapporté par Lebrun.

Ces raisons ne nous ayant pas semblé décisives, nous devons exposer les motifs de notre opinion, qui est aussi celle de M. Maleville sur l'art. 722.

Il est vrai que l'art. 720 ne parle que des personnes appelées respectivement à la succession l'une de l'autre.

Mais le Code connaît deux espèces de successions. L'art. 720 n'est pas limité aux successions légitimes, et la raison veut qu'on l'étende aux testamentaires, parce qu'il y a même raison de décider.

Supposons qu'Oreste et Pylade se sont mutuellement institués héritiers chacun par un testament séparé; *ils sont respectivement appelés à la succession l'un de l'autre;* ils périssent ensemble, sans qu'on puisse reconnaître, par les circonstances du fait, lequel est décédé le premier. Il faudra bien alors décider la question de survie par les présomptions légales; autrement, il faudrait déclarer les deux testamens caducs; ce qui serait aussi contraire à la raison qu'à l'opinion que nous examinons, et suivant laquelle il faut prendre le parti le plus favorable aux actes, et qui peut les faire exécuter. Il nous paraît donc qu'au moins, dans ce cas, les présomptions légales de survie sont admises dans les successions testamentaires aussi bien que dans les successions légitimes. Le silence du titre des donations et testamens n'est à cet égard d'aucune considération. Il suffit au législateur de poser une fois des règles générales, pour qu'on doive les appliquer à tous les cas semblables où se trouve la même raison de décider, sans qu'il soit nécessaire de répéter ces règles dans chaque titre. Il existe d'autres règles établies dans le titre des successions légitimes, et qui sont néanmoins applicables aux testamentaires, quoique ces règles ne soient pas répétées dans le titre des testamens; par exemple, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, qui n'est éta-

blie qu'au titre des successions, et sur laquelle le titre des donations et testamens garde le silence. Les savans auteurs dont nous examinons l'opinion n'en pensent pas moins que le légataire universel peut accepter sous bénéfice d'inventaire (1).

Si, comme nous croyons l'avoir prouvé, il faut admettre la présomption légale de survie dans le cas des institutions mutuelles que nous venons de poser, faudra-t-il la rejeter dans le cas où le plus jeune des deux amis avait seul institué l'autre son héritier, et cela uniquement pour que le testament ne soit pas caduc?

Afin de rendre ce raisonnement plus sensible, supposons que Primus, âgé de vingt-et-un ans, et Prima, sa sœur consanguine, âgée de vingt-deux ans, aient péri dans le même événement : la loi présume que Primus a survécu; par conséquent il est mort saisi de toute la succession de sa sœur, sans que les parens maternels de cette dernière y puissent rien prétendre, suivant l'art. 752.

Mais il se trouve qu'il avait fait un testament dans lequel il instituait Prima son héritière, ou dans lequel il lui faisait un legs considérable. Faudra-t-il alors faire taire la présomption légale, uniquement pour que le testament ait son effet? Quelle autorité ou quelle raison a la force de la faire taire?

C'est, dit-on, à celui qui demande la nullité du testament ou de la donation, de prouver le prédécès du légataire ou du donataire; parce qu'on ne peut faire révoquer des actes qu'en prouvant que le cas de révocation a eu lieu. On en conclut que la simple présomption résultant de l'âge et du sexe ne peut être suffisante en cette matière, et que ce n'est pas avec des présomptions aussi *incertaines* qu'on détruit des actes.

Ce raisonnement pouvait être imposant dans l'ancienne jurisprudence, où les présomptions de survie restaient arbitraires, où elles n'étaient ni précises ni fixées par aucune loi, ni par conséquent obligatoires. Mais le Code, en les développant de manière à les rendre applicables à tous les cas, en a fait des présomptions légales, des règles obligatoires, au défaut des circonstances du fait. Or, les présomptions légales dispensent de toute preuve celui au profit duquel elles existent (1352).

Ajoutez à cela que celui qui prétend exercer les droits du légataire

(1) *V.* le *Nouveau Répertoire*, v° Légataire, page 733, *voy.* aussi l'ouvrage de notre estimable collègue M. Carré, *Analyse raisonnée et Conférences des opinions des commentateurs et des arrêts des Cours sur le Code de procédure*, imprimé à Rennes, chez Cousin-Danelle, pages 366 et suiv. L'auteur y prouve que les légataires universels, ou à titre universel, peuvent réclamer le délai pour faire inventaire et pour délibérer.

est demandeur. La loi oblige le légataire, presque en tous les cas, à demander la délivrance aux héritiers légitimes. C'est donc à son héritier de prouver non-seulement l'existence d'un testament, mais encore que le droit s'est ouvert en faveur du légataire, par le prédécès du testateur. Enfin il doit prouver la mort du légataire, s'il veut exercer ses droits.

Or, il ne peut prouver ni la mort du légataire, ni celle du testateur, que par l'événement qui les a fait périr ensemble; et faute de preuves contraires ou de présomptions tirées des circonstances du fait, la présomption légale reste dans toute sa force.

La question paraît d'abord plus difficile, lorsque le donateur et le donataire périssent ensemble, s'il s'agit d'une donation entre époux déjà exécutée, et dans laquelle le donateur avait stipulé un droit de retour en cas de prédécès du donataire. C'est à l'héritier du donateur de prouver que le cas de révocation a existé.

Mais la présomption légale lui tient lieu de preuve, lorsqu'elle n'est pas détruite par les circonstances du fait.

La loi 8, *ff. de rebus dubiis*, décide, il est vrai, que si un mari et une femme périssent ensemble, celui qui était donataire est censé avoir survécu (1), parce que le donateur ne vit plus pour réclamer la chose donnée.

Le Parlement de Bordeaux suivit cette décision dans un arrêt cité par Automne et par Lebrun. Il fut décidé qu'un mari donateur et une femme donataire étant morts dans un naufrage, la donation devait avoir son effet, et n'était pas révoquée par le prédécès de la femme, nonobstant la faiblesse du sexe.

Mais les présomptions de survie, tirées de l'âge et du sexe, n'étaient pas alors érigées en présomptions légales; elles n'étaient point obligatoires : il en est autrement sous l'empire du Code. Il semble donc qu'elles doivent s'appliquer à tous les cas, et qu'elles peuvent être invoquées par tous ceux qui ont intérêt de les faire valoir, même par les créanciers du défunt et par les créanciers de ses héritiers, quoique les commentateurs du droit romain, et les auteurs qui les ont suivis, soient d'un avis contraire, parce qu'ils ont écrit dans des principes différens de ceux du Code.

78 *bis*. Dans la première édition de son ouvrage sur les succes-

(1) Sur cette question, *voy.* d'Argentré, in art. 220, glos 17, col. 752. Il croit que la donation faite au survivant doit demeurer caduque, ainsi que le legs, lorsque le donateur et le donataire périssent ensemble. Mais les présomptions de survie n'étaient point alors érigées en présomptions légales, en règles obligatoires, à défaut des circonstances du fait. *V.* aussi Dupineau, *Questions et Consultations*, chap. 9 et *ibi* Pocquet.

sions, qui nous a été si utile, M. Chabot, notre savant ami, avait pensé que les présomptions de survie établies par le Code n'étaient point applicables aux cas où, soit le testateur et l'héritier institué ou le légataire, soit le donateur et le donataire, périraient ensemble, lorsque la donation porte le droit de retour, en cas de prédécès du donataire, ou lorsqu'elle est faite en cas de survie.

Nous combattions cette opinion dans le numéro précédent, que nous laissons subsister en faveur de ceux qui ont la première édition. Mais en 1808, l'auteur a donné de son excellent ouvrage une cinquième édition, infiniment supérieure à la première. Il y persiste dans son ancienne opinion, sur la non-application des présomptions de survie, néanmoins avec quelques modifications, et il la soutient par de nouvelles raisons que nous allons examiner avec cette défiance de nous-même que nous éprouvons toujours, quand nous ne partageons pas l'opinion d'un plus savant que nous.

Voici donc le résumé des raisonnemens développés par l'auteur que nous venons de citer, sur l'art. 720 du Code :

Il établit, n° 6, que les donataires à cause de mort, les légataires ou les créanciers des personnes qui ont péri dans le même événement, et même les créanciers des héritiers de l'une ou de l'autre, peuvent invoquer les présomptions de survie établies par le Code, parce que ses dispositions sont *générales et sans exception;* qu'elles ne sont pas faites pour les héritiers seulement, et qu'il y a même motifs pour les appliquer aux donataires à cause de mort, aux légataires à cause de mort. Nous avons aussi enseigné cette doctrine.

Le savant auteur passe, n° 7, à la question de savoir si les présomptions légales de survie sont également applicables au cas où, soit le testateur et l'héritier institué ou le légataire, soit le donateur et le donataire, non respectivement appelés à se succéder dans l'ordre légal, ont péri dans le même événement. Un exemple rendra ceci sensible.

Titius et Seïus, non parens, âgés, le premier de vingt-et-un ans, le second de vingt-cinq, ont péri dans le même événement. Leurs biens sont dévolus aux héritiers de leur sang. Mais Seïus, qui n'a ni descendans ni ascendans, avait, par un testament authentique, institué Titius son unique héritier, ou légataire universel. Le Code présume que Titius a survécu. Nous en concluons qu'en vertu de cette présomption, il est décédé *saisi de plein droit de la succession* de Seïus par le prédécès de ce dernier, sans être tenu à demander la délivrance (art. 1006 du Code); que, par conséquent, les enfans ou autres héritiers de Titius excluront les héritiers de Seïus de la succession de ce dernier.

M. Chabot, au contraire, soutient que les héritiers de Titius ne seront pas recevables à invoquer la présomption de survie, établie par la loi en faveur de leur auteur, pour exclure les héritiers de Seïus; ou, si l'on veut, l'auteur prétend que la présomption de survie n'existe point dans ce cas,

1° Parce que l'art. 720 n'établit les présomptions que dans le cas des personnes *respectivement appelées à la succession l'une de l'autre*;

2° Parce que les articles qui établissent des présomptions légales de survie sont placés au titre des successions *ab intestat*, et qu'ils n'ont pas été répétés au titre des donations et testamens;

3° Parce que les présomptions de survie ne sont établies que pour les cas où il était *absolument nécessaire* que la loi établît des présomptions telles qu'elles, puisque *autrement on n'aurait pu savoir à quels héritiers les successions des personnes péries dans le même événement devaient être déférées* (1). On voit, par les discours des orateurs du Gouvernement et du Tribunat, que ce fut le seul motif qui fit admettre ces présomptions.

Or, la nécessité de les admettre n'existe point dans le cas où le testateur et le légataire ont péri dans le même événement, lors même qu'ils s'étaient mutuellement institués héritiers par des testamens séparés.

« Il n'est pas nécessaire que l'un des deux testamens soit exécuté; « quoiqu'ils ne le soient ni l'un ni l'autre, *les biens* ne resteront pas « *vacans*, comme *ils le seraient s'il était question de successions* « *ab intestat* (2). » Le testament demeure caduc, parce que les héritiers du légataire ne peuvent prouver qu'il a survécu au testateur.

Examinons d'abord cette nécessité absolue, qui a été, prétend-on, le seul motif d'admettre les présomptions de survie, parce que sans elles les biens resteraient *vacans*. Nous ne craignons point de le dire avec assurance: non, cette nécessité imaginaire n'a point été le motif d'établir les présomptions légales de survie entre les personnes qui ont péri dans le même événement; et notre raison est sans réplique, c'est que ni cette nécessité prétendue, ni la crainte de voir les biens rester vacans, n'existent en aucun cas en écartant ces présomptions; on n'en connaît pas moins avec certitude à quels héritiers doivent être déférées les successions des personnes qui ont péri dans le même événement. Elles seront alors déférées comme si l'autre personne était absente, sans que son existence fût reconnue (art. 135).

Posons l'exemple donné par le tribun Siméon, d'un père et d'un

(1) *V.* l'auteur, tome 1, page 33. — (2) *V.* l'auteur, tome 1, page 40.

fils qui ont péri dans le même événement; nul besoin de présomptions légales de survie pour connaître à qui la succession de l'un et de l'autre doit être déférée.

Celle du fils sera déférée à ses héritiers légitimes de la même manière que si le père était absent, sans que son existence fût reconnue (135). Pourquoi cela? parce qu'on ignore si le fils lui a survécu.

Et de même celle du père sera déférée à ses héritiers légitimes, comme si le fils était absent.

Si les héritiers du fils prétendaient qu'il a succédé à son père, si les héritiers du père prétendaient qu'il a succédé à son fils, ce serait à ceux qui élèveraient cette prétention de la prouver : or, cette preuve n'existe pas; mais on n'en connaît pas avec moins de certitude quels sont les héritiers de l'un et de l'autre. Ainsi, nulle nécessité d'établir des présomptions de survie pour empêcher les biens de rester vacans.

Ce n'est donc point sur cette nécessité imaginaire qu'elles ont été établies; mais la justice en exigeait l'établissement : car si, dans le cas proposé, on ne peut connaître avec certitude qui du père ou du fils a survécu, ce n'en est pas moins dans la vérité, et suivant la justice, le dernier décédé qui a hérité de l'autre, et dont la succession se trouve grossie des biens qui appartenaient au premier décédé (1).

Il a donc fallu, non par nécessité, mais pour se rapprocher de la justice et de la vérité, recourir à des présomptions à défaut de preuves; et ces présomptions, flottantes et incertaines sous l'ancienne jurisprudence, le Code les a établies d'une manière fixe et stable; il les a érigées en présomptions *légales*, qui dispensent de toute preuve celui en faveur de qui elles existent (1352), et qui deviennent des règles certaines et impératives pour déterminer l'ordre dans lequel le juge doit supposer que se sont suivis les trépas des personnes qui ont péri dans le même événement.

Ces présomptions sont à la vérité incertaines; elles peuvent être souvent contraires à la vérité des faits. Pourquoi donc le Code les a-t-il érigées en règles impératives? Pourquoi? Parce qu'en ne les établissant pas, les successions des personnes appelées à succéder et décédées dans le même événement, auraient dans tous les cas été déférées d'une manière contraire à la justice, au lieu qu'en les établissant, ces successions seront le plus souvent déférées dans un ordre conforme à la vérité des faits.

Après avoir démontré que les présomptions de survie n'ont point été établies par une *nécessité absolue*, mais par esprit de justice et

(1) *V.* le discours de M. Treilhard, orateur du Gouvernement, dans l'*Exposé des motifs*, tome 4, page 153, édition de F. Didot, 1804.

pour se rapprocher de la vérité, examinons la première proposition de notre savant auteur, qui prétend qu'elles ne sont établies que pour les cas où des personnes *respectivement appelées à la succession l'une de l'autre*, périssent dans le même événement, et qui en conclut qu'elles ne doivent pas s'appliquer au cas où le testateur et le légataire ont péri dans le même événement.

Il est vrai que l'art. 720 porte : « Si plusieurs personnes *appelées* « *à la succession l'une de l'autre* périssent dans le même événe- « ment, etc., etc. »

Mais peut-on croire que cette incise ait été insérée à dessein de limiter les présomptions de survie qui suivent à ce cas seulement, et qu'elle soit, suivant une expression usitée, *limitative* plutôt que *démonstrative?* Nous ne saurions le penser. Sans doute il serait indifférent de chercher à éclaircir le mystère de la survie de l'une ou de l'autre des personnes qui ont péri ensemble, si aucune d'elles n'avait des droits subordonnés au prédécès de l'autre. Le cas le plus ordinaire est celui où elles sont réciproquement appelées à se succéder. Les rédacteurs du Code ont donc choisi ce cas comme le plus fréquent, comme le plus propre à indiquer l'objet des présomptions légales de survie. L'incise énonciative de *plusieurs personnes appelées à la succession l'une de l'autre*, est donc ce qu'on appelle *démonstrative*, et non *limitative*.

Car, dans les successions légitimes ou *ab intestat*, et même dans les successions directes, il existe plusieurs cas où les personnes qui ont péri ensemble n'étaient point appelées à la succession l'une de l'autre; et sûrement le Code n'a point voulu écarter l'application des présomptions légales de survie à ces cas-là. Par exemple, le droit de succession *réciproque* n'existe point entre le père et le fils, dans le cas d'un mariage putatif.

Un homme engagé dans les liens d'un premier mariage, en contracte un second avec une fille de bonne foi qu'il épouse, en observant toutes les solennités requises par les lois civiles et religieuses; il en naît un fils à qui le Code accorde tous les droits de la légitimité, à cause de la bonne foi de la mère; ce fils a le droit de succéder à son père; mais le père n'a pas le droit de lui succéder. Ils périssent dans le même événement, le père à l'âge de soixante-deux ans, le fils à l'âge de vingt-cinq ans; le Code présume que le fils a survécu. La mère ou ses autres héritiers, des frères utérins, par exemple, seront-ils non recevables à invoquer cette présomption, parce que le droit réciproque de succéder n'existait pas entre le père et fils? Faudra-t-il faire taire la présomption légale, pour laisser des collatéraux éloignés du père recueillir ses biens?

Voici un autre cas où le droit de succéder n'est pas réciproque, même en ligne directe. Les petits-enfans sont appelés à la succession de leurs aïeuls; mais ceux-ci ne sont point appelés à la succession de leurs petits-enfans, lorsqu'il existe des frères ou sœurs, ou des descendans de frères ou sœurs. Si l'aïeul périt avec son petit-fils dans le même événement, la mère de ce dernier sera-t-elle privée du droit d'invoquer la présomption légale de survie, uniquement parce que l'aïeul et le petit-fils n'étaient point appelés à la succession l'un de l'autre? On ne saurait le croire.

Disons donc que l'énonciation du droit réciproque de succession, contenue dans l'art. 720, n'est point *limitative*, mais seulement *démonstrative*, et insérée pour indiquer le cas le plus ordinaire de l'application des présomptions de survie.

Un cas moins ordinaire, où se rencontre le droit de succession réciproque, est celui de deux personnes qui se sont mutuellement instituées héritières par des testamens séparés, et qui périssent dans le même événement. Cependant, notre savant auteur prétend qu'on ne doit pas faire à ce cas l'application des présomptions de survie, pour savoir qui des deux a succédé à l'autre. « Pourquoi cela? Parce que, « dit-il, page 40, il n'est pas nécessaire que l'un des deux testamens « soit exécuté. Quoiqu'ils ne le soient ni l'un ni l'autre, les biens ne « resteront pas *vacans*, comme s'il était question des successions « *ab intestat*. »

Nous avons déjà prouvé que, dans les successions *ab intestat*, les biens ne resteraient point vacans, quand même on rejetterait les présomptions de survie. Nous avons prouvé que ce n'est point sur une prétendue nécessité de les établir, qui n'est qu'imaginaire, que ces présomptions sont fondées, mais sur un esprit de justice, et pour se rapprocher de la vérité. Cet esprit de justice se rencontre dans le cas des successions testamentaires, aussi bien que dans le cas des successions *ab intestat*: les présomptions de survie doivent donc être appliquées à l'un comme à l'autre cas; il y a même raison de décider.

Mais, dit-on, c'est là dernière objection de notre savant auteur, les articles qui établissent des présomptions légales de survie sont placés au titre *des successions ab intestat*, et le Code ne les a pas répétés au titre *des donations et testamens*.

Qu'importe cela? Voudrait-on en conclure qu'il ne faut pas appliquer les présomptions de survie au cas des successions testamentaires? Je nie la conséquence, et je la nie avec assurance, parce que je m'appuie sur une autorité irrécusable, celle de notre savant auteur lui-même, qui dit, sur l'art. 774, n° 14, tome 2, page 422 de la cin-

quième édition : « Il est généralement *reconnu* que *presque toutes* « *les règles* établies par le Code civil, au titre de successions *ab in-* « *testat*, notamment celles qui sont relatives au partage et au paie- « ment des dettes, doivent être appliquées aux successions testa- « mentaires ou contractuelles, puisqu'il n'a pas été établi de règles « particulières à l'égard de ces successions. »

Pourquoi donc, puisque *presque toutes les règles* au titre des successions *ab intestat* sont applicables aux successions testamentaires et contractuelles, lorsque la loi n'a pas établi à leur égard de règles particulières, en excepterait-on les règles sur les présomptions de survie, *qui sont générales et sans exception* (1)? Et sur quel fondement pourrait-on faire cette exception, tandis qu'il y a les mêmes raisons de justice pour appliquer ces règles aux donations et testamens, tandis que l'analogie exige cette application? l'analogie, cette boussole qui conduit le législateur comme tous les hommes, sans même qu'ils s'en aperçoivent; l'analogie, qui nous fait avec raison supposer qu'à l'exemple du Créateur de l'univers, le législateur a voulu établir des lois générales et uniformes, sans qu'il soit nécessaire de les répéter pour tous les cas analogues; l'analogie enfin qui a porté la jurisprudence romaine au point de perfection qui lui a mérité de la part des nations le titre de raison écrite.

A la première occasion qui s'en est présentée, et c'est au commencement du titre des successions *ab intestat*, le Code a non-seulement donné plus de certitude aux présomptions de survie *inter commorientes*, sur lesquels nos anciens jurisconsultes, ni les jurisconsultes romains, n'étaient point d'accord, mais il a conservé ce qu'il a trouvé de raisonnable dans leurs opinions; il y a ajouté ce qui leur manquait; il en a fait des règles impératives, en les érigeant en présomptions légales, et il a voulu que les présomptions légales *dispensassent de toute preuve celui au profit duquel elles existent* (article 1352). Voici donc les principes simples que nous devons suivre:

Les présomptions de survie entre personnes qui ont péri dans le même événement, sont des présomptions légales.

Les dispositions qui les établissent sont, de l'aveu de notre savant auteur, générales et sans exception.

L'analogie en exige l'application à tous les cas où l'une des personnes qui périssent ensemble avait des droits subordonnés au prédécès de l'autre, parce que, dans la vérité et dans la justice, ces droits, réciproques ou non, fondés sur la loi des successions *ab intestat*, ou sur celle des successions testamentaires qui leur sont pré-

(1) Expression de l'auteur, tome 1, page 30, 5e édition.

férables, sur un contrat, sur un legs, etc., etc., ont réellement grossi (1) la succession de la personne qui a survécu, ne fût-ce que d'un instant.

Ainsi, les héritiers du légataire qui a péri avec le testateur, sont fondés à invoquer les présomptions légales de survie, pour recueillir le legs qui leur a été transmis. Ainsi, il faut appliquer ces présomptions aux cas des donations contractuelles, des donations faites avec clause de retour ou en cas de survie, etc. Lorsque le donateur et le donataire ont péri dans le même événement, leurs héritiers ou ayant-cause sont dispensés *de toute autre preuve*.

Il ne faut donc plus aujourd'hui perdre le temps à discuter péniblement l'opinion des jurisconsultes romains, à rechercher ce qu'ont jugé les anciens arrêts, ce qu'ont pensé les auteurs qui ont écrit avant la promulgation du Code. Ils ont écrit sous l'empire d'une législation qui abandonnait les présomptions de survie à la dispute des hommes. Le Code les a fixées et érigées en présomptions légales, en règles impératives : *Legem fecit quæ prius opinio erat.*

## SECTION II.

*De la saisine des héritiers.*

SOMMAIRE.

79. Le mort saisit le vif.
80. Nature de cette saisine; elle est de droit, non de fait.
81. Elle a les vices et les avantages de la possession du défunt.
82. Ses effets sont, 1° le droit de transmission; 2° de former toutes les actions, même possessoires.
83. Elle est établie en faveur des créanciers comme en faveur de l'héritier.
84. Faculté de renoncer; délais pour délibérer,
85. Après lesquels l'héritier peut être forcé à renoncer ou à accepter, sans qu'il lui suffise de s'abstenir.
86. Il peut se mettre en possession sans recourir à la justice.
87. Des enfans, des interdits, des absens. Renvoi.
88. Du légataire universel.
89. Les autres légataires, ni les héritiers irréguliers, n'ont pas la saisine.
90. Mais ils transmettent leurs droits à leurs héritiers.

79. Après avoir établi des règles fixes pour déterminer, dans les cas douteux, le moment précis de l'ouverture des successions, le Code passe aux droits de l'héritier, et les établit d'une manière énergique et précise, en posant en principe que « les héritiers légitimes sont « saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous « l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession (724). »

(1) Dit fort bien Treilhard, orateur du Gouvernement, *ubi suprà*.

Cette saisine s'opère (1) dès l'instant de la mort du défunt, par la seule force de la loi, avant même que l'habile à succéder ait fait aucune démarche pour se mettre en possession ou pour manifester sa volonté. Ainsi les enfans, les insensés, ceux qui ignorent le décès du défunt, n'en sont pas moins saisis de droit, quoiqu'ils ne le soient pas encore de fait. C'est la loi même qui, au moment du décès, opère cette saisine en faveur de l'héritier qu'elle appelle. Nous n'admettons point la fiction du droit romain (2), suivant laquelle l'hérédité non encore acceptée représente la personne du défunt.

Le Code a consacré l'ancienne maxime du droit français, *le mort saisit le vif* (3); maxime qui paraît aussi ancienne que les successions mêmes (4), et qui, comme elles, a sa racine dans le droit naturel, antérieur aux sociétés civiles.

80. Dans l'état de la nature, le mort saisissait le vif, au moyen de l'occupation ou possession continuée. Quand la propriété fut rendue permanente par les lois civiles, quand on eut établi en principe que la possession se conserve sans la détention corporelle de la chose, par la seule volonté de posséder, qui est toujours présumée, tant qu'il ne paraît pas une volonté contraire (5) bien marquée, il était naturel que cette possession de droit, *saisina juris*, *non facti*, comme l'appellent nos anciens auteurs (6), fût continuée dans la personne de l'héritier.

Pour mieux concevoir la nature de cette saisine, il faut se rappeler ce que nous avons dit au titre de la propriété, en distinguant le droit de posséder, le fait de possession, et le droit de possession; trois choses tellement distinctes, qu'elles peuvent se trouver en même temps en trois personnes différentes.

La saisine que produit la maxime *le mort saisit le vif*, est le droit

(1) Pocquet de Livonière, *Règles du droit français*, liv. 1, chap. 1, n° 3; Duparc-Poullain, sur l'art. 538 de la *Coutume de Bretagne*, tome 5, page 468; Lebrun, *des Successions*, liv. 3, chap. 1, n° 1; Richer, de la *Mort civile*, liv. 3, chap. 2, sect. 1, p. 213. — (2) Richer, *ubi suprà*. — [Cette fiction ne pouvait être conservée dans notre droit; elle avait pour but, comme l'a démontré M. de Savigny, de faciliter certaines acquisitions par l'intermédiaire des esclaves de la succession. *V. Traité de droit romain*, traduction de M. Guénoux, tome 2, pages 359 et suiv.] — (3) A proprement parler, ce n'est pas le mort qui saisit le vif, c'est la loi; ce qui est si vrai, que le défunt ne peut empêcher ses enfans ou ses ascendans d'être saisis de ses biens après son décès. — (4) Tiraqueau l'appelle *la Coutume du monde*. *V.* Lebrun, *ubi suprà*. On ne peut douter que cette maxime ne fût admise dans l'ancien droit romain, à l'égard des héritiers *siens et nécessaires*, qui ne pouvaient s'abstenir. — [Comp. toutefois *Gaius, Instit., Comm.*, 3, § 34; et Pothier sur l'article 301 de la *Coutume d'Orléans*. —(5) Pothier, de la *Possession*, n° 55. — (6) *Le grand Coutumier* de Charles VI, composé dans le XIV^e^ siècle, liv. 2, chap. 21, page 140. *V.* aussi Delaurière, sur Loisel, liv. 2, tit. 5, regn. 1; le *Glossaire* de Laurière, v° le Mort saisit le vif.

de possession du défunt, qui continue dans la personne de l'héritier. Ce droit, à l'instant même de la mort, et par la seule opération de la loi, passe à la personne qu'elle appelle à la succession; il passe immédiatement et sans interruption aussi bien que le droit de posséder, indépendamment du fait de la possession, avant même que l'héritier connaisse l'ouverture de la succession.

81. Mais la saisine de l'héritier n'étant que la continuation de la possession du défunt, elle en a tous les vices (1) aussi bien que les avantages. Le changement de propriétaire n'opère aucun changement, aucune interversion dans la nature de la possession (2). L'étendue des droits du défunt règle ceux de l'héritier qui succède à tous les droits transmissibles, c'est-à-dire à tous ceux qui ne sont pas, comme l'usufruit, attachés à la personne du défunt.

82. La saisine légale produit deux effets remarquables : le premier est de donner, dès le moment de la mort du défunt, à celui que la loi appelle, le droit de transmettre la succession à ses propres héritiers, en sorte que, ne mourût-il qu'un seul instant après celui auquel il a succédé, ses héritiers personnels recueilleraient la succession dont il était saisi, même sans qu'il le sût, et ils en seraient saisis dès le moment de son décès. Ce droit de transmission est surtout remarquable dans les personnes qui périssent ensemble (3).

Le second effet de la saisine est d'autoriser l'héritier à former immédiatement toutes les actions, *même possessoires*, que le défunt avait droit de former, et de suivre toutes celles qu'il avait formées. Il est possesseur de tout ce dont le défunt était possesseur, propriétaire de tout ce dont il était propriétaire, créancier de tout ce dont il était créancier (*a*).

Mais aussi il est débiteur de tout ce dont le défunt était débiteur, obligé de remplir tous ses engagemens, tenu à toutes les charges auxquelles il était assujetti; pour tout dire, en un mot, il *le repré-*

(1) Pothier, de la *Propriété*, n° 332. — (2) Pothier, de la *Possession*, n° 33. — (3) *V.* Lebrun, des *Successions*. liv. 3, chap. 1, n°s 34 et 40; Domat, 2e part., liv. 2, sect. 3, n° 13, et liv. 3, tit. 1, sect. 10.—[La saisine que la loi accorde aux héritiers légitimes a simplement pour but, comme le mot l'indique d'ailleurs, de les investir *de plano* de la possession de l'hérédité. En droit romain, cette saisine légale n'avait point lieu même pour les héritiers siens et nécessaires (*V. Gaius, Instit., Comm.* 3, § 34). Quoique propriétaires de l'hérédité et pouvant la transmettre à leurs héritiers, ils ne devenaient possesseurs qu'autant qu'ils en avaient pris réellement possession ou qu'ils avaient obtenu du prêteur la possession de biens. La même chose existe aujourd'hui pour les successeurs irréguliers. Ils sont propriétaires, et à ce titre ils peuvent transmettre leur droit avant d'avoir obtenu des tribunaux d'être envoyés en possession; c'est-à-dire la saisine. Ainsi, la transmission de tout ou partie d'une hérédité est tout à fait indépendante de la saisine (*V.* ci-après n° 89). — (*a*) *V.* la note qui précède.

*sente;* il est mis de plein droit en sa place, tant pour l'actif que pour le passif. Ainsi, la propriété ne reste jamais en suspens; elle reçoit, malgré les vicissitudes et l'instabilité de la vie, un caractère d'immutabilité et de perpétuité. Si l'individu est mort, le propriétaire revit dans la personne de l'héritier (*a*).

83. La saisine légale que la loi lui défère n'est pas seulement établie en sa faveur; elle l'est également en faveur des créanciers de la succession, auxquels la loi désigne la représentation du défunt (1). Ils peuvent, aussitôt après sa mort, diriger contre l'héritier présomptif toutes les actions et toutes les poursuites qu'ils avaient le droit d'exercer contre le défunt (2). L'héritier peut seulement en suspendre momentanément l'effet, ou même l'arrêter pour toujours, en renonçant à son droit.

84. Car nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue (775). Il peut y renoncer, et alors il est censé n'avoir jamais été héritier (785). La loi lui accorde même un délai de trois mois pour s'assurer, par un inventaire, des forces de la succession, et quarante jours pour délibérer sur le parti qu'il doit prendre. Pendant ce temps, il ne peut, malgré sa saisine, être contraint à prendre qualité, et les créanciers ne peuvent obtenir de condamnation; mais ils n'en peuvent pas moins diriger leur action contre lui (*b*) : ils le doivent même, si le temps de la prescription est près d'expirer; car elle n'est pas suspendue pendant les délais accordés à l'héritier présomptif pour délibérer (2295).

85. Mais, après les délais expirés, il peut être forcé d'accepter ou de répudier la succession. Il ne peut plus, comme dans l'ancienne jurisprudence, se contenter d'une simple abstension (3).

86. L'héritier présomptif, étant saisi par la loi, peut se mettre en possession réelle de tous les biens de la succession, sans être

---

(*a*) Ce sont là des conséquences non de la saisine mais bien de la transmission du patrimoine et de la qualité de représentant du défunt. — (1) On avait douté dans l'ancienne jurisprudence, si la saisine pouvait être rétorquée contre l'héritier. *V.* Lebrun, *ubi suprà*, n° 36, et d'Argentré, sur l'art. 509, glos. 3, n° 3. — (2) Sauf les dispositions de l'art. 877.—(*b*) En sa qualité d'habile à succéder. (Arg. art. 796.) — (3) Un acte de notoriété du Châtelet de Paris distinguait entre les héritiers directs et collatéraux. *V.* le *Nouveau Denisart*, v° Abstension. En Bretagne, l'abstension des uns et des autres était admise. *V.* Duparc-Poullain, *Principes du droit; voy.* au surplus Lebrun, des *Successions*, page 390, n° 3; le *Dictionnaire* de Prost du Royer, v° Abstension. Il n'a point entendu Lebrun, qui se décide contre l'abstension, en vertu de l'art. 278 de la *Coutume du Poitou*. L'art. 797 du Code civil tranche la question. Pendant la durée des délais pour faire inventaire, etc., l'héritier ne peut être contraint à prendre qualité : donc il peut l'être après ces délais. *V.* le *Nouveau Répertoire*, v° Abstension.

obligé, comme l'était autrefois en Bretagne l'héritier collatéral, de demander à la justice l'envoi en possession.

87. Nous avons dit que les enfans, les insensés, et ceux qui ignorent le décès du défunt n'en sont pas moins saisis de droit, quoiqu'ils ne le soient pas encore de fait. Les tuteurs des premiers sont chargés d'exercer leurs droits; et quant aux derniers, voyez ce que nous avons dit au titre des absens, tome 1, chap. 1, et chap. 3. sect. 2.

88. Le légataire universel et l'héritier institué sont, comme l'héritier légitime, saisis de plein droit de la succession, lorsqu'au décès du testateur il n'existe point d'héritiers du sang auxquels la loi réserve une quotité des biens (1006) (*a*).

89. Aucun autre légataire ne jouit du bénéfice de la saisine. Il en est de même des héritiers irréguliers, c'est-à-dire des enfans naturels, de l'époux survivant et de l'État ou du fisc, qui doivent se faire envoyer en possession par la justice (724).

90. Il n'en faut pas conclure que les enfans naturels ni l'époux survivant ne transmettent pas leurs droits à leurs héritiers, s'ils meurent avant d'avoir formé leur demande. Le droit des enfans naturels n'est pas un droit personnel. L'art. 759 dit qu'en cas de prédécès de l'enfant naturel, ses enfans ou descendans peuvent réclamer ses droits par représentation, à plus forte raison par transmission. Le légataire transmet son droit à ses héritiers, quoiqu'il meure sans avoir demandé la délivrance (1014) (1). Le droit de transmission est donc indépendant de la demande d'envoi en possession. La raison en est que, suivant l'art. 724, l'héritier est saisi de plein droit des biens, droits et *actions* du défunt (*b*).

Or, l'enfant naturel et l'époux survivant avaient un droit acquis; ils avaient une action pour se faire envoyer en possession : ce droit et cette action font partie de leur succession, dont leurs héritiers sont saisis de plein droit.

## CHAPITRE II.

### *Des qualités requises pour succéder.*

La faculté de succéder est un droit civil attaché à la qualité de

(*a*) Toutefois, dans ce cas, si le testament est olographe ou mystique, le légataire universel est tenu de se faire envoyer en possession par une ordonnance du président mise au bas d'une requête à laquelle est joint l'acte de dépôt (art. 1008). — (1) Domat, page 445, no 10. — (*b*) Cette raison manque d'exactitude. Elle est même en opposition avec l'article 724. Il faut dire qu'ils transmettent leurs droits, non parce qu'ils sont saisis, mais parce qu'ils sont propriétaires en tout ou partie de l'hérédité.

Français (*a*). Tout Français peut donc succéder, si, par quelque raison particulière, la loi ne l'en a déclaré incapable ou indigne.

Il ne faut pas confondre l'incapacité de succéder avec l'indignité. L'incapacité est l'absence des qualités requises pour succéder au moment où s'ouvre la succession. Celui qui n'a point ces qualités à cette époque n'a jamais été héritier.

Au contraire, celui qui est déclaré indigne a les qualités requises par la loi pour succéder. Il est saisi de la succession, jusqu'à ce qu'il en soit dépouillé par un jugement qui l'en déclare déchu pour cause d'indignité.

Ce chapitre se divise donc naturellement en deux sections, la première des incapacités, la seconde de l'indignité de succéder.

## SECTION PREMIÈRE.

*Des incapacités de succéder.*

### SOMMAIRE.

91. Il faut être capable au moment de la mort du défunt.
92. L'enfant conçu est réputé né lorsqu'il s'agit de son intérêt,
93. Pourvu qu'il naisse vivant et viable.
94. Trois choses à prouver : qu'il était conçu lors de l'ouverture de la succession, qu'il est né vivant, qu'il est né viable.
95. Comment on prouve qu'il était conçu à l'ouverture de la succession.
96. Comment prouver qu'il est né vivant.
97. Comment prouver qu'il est né viable ou non viable.
98. De l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour de la célébration du mariage.
99. De l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du retour du mari après une longue absence.
100. Autres cas de naissances précoces.
101. A qui incombe la preuve que l'enfant est né vivant ou non viable.
102. Quand l'étranger peut succéder en France.

91. Au moment même du décès d'une personne, l'héritier appelé par la loi est saisi de plein droit de tous les biens, droits et actions du défunt (724). A l'instant où la mort anéantit les droits de ce dernier, la loi les confère immédiatement à son héritier. Pour succéder, il faut donc nécessairement exister à l'ouverture de la succession. C'est à cette seule époque que l'on considère la capacité ou l'incapacité (1) de l'habile à succéder dans les successions *ab intestat* (2). C'est une suite de la règle, le mort saisit le vif. Ainsi, sont incapables de succéder,

1° Celui qui n'est pas encore conçu;

(*a*) *V.* la note du n° 102 ci-après — (1) *Secùs* de l'indignité. *V.* art. 727, n° 3.— (2) *Secùs* dans les testamentaires. *V.* Domat, 2e part., liv. 1, tit. 1, sect 11, n° 27. — [*V.* tome 5, n° 91 et suiv.]

2° L'enfant qui n'est pas né viable;

3° Celui qui est mort civilement (725).

92. L'enfant, dans le sein de la mère, est réputé né (1), lorsqu'il s'agit de son intérêt. Il recueille toutes les successions ouvertes depuis sa conception, pourvu qu'il fût capable de succéder au moment de leur ouverture. S'il était légitimé par un mariage postérieur à sa conception, il ne recueillerait que les successions ouvertes depuis la célébration du mariage de ses père et mère, comme nous l'avons prouvé, tome 2, n° 930 (*a*).

93. Mais, si l'enfant conçu est réputé né, c'est uniquement dans l'espoir de sa naissance. On ne peut pas dire que ceux qui naissent morts aient jamais été au nombre des vivans; jamais ils n'ont vu le jour : *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur.* Leg. 129, *ff. de V. S.*

Il faut donc que l'enfant naisse vivant, quoiqu'il décède peu d'instans après sa naissance. Sa vie, quoique momentanée, lui a donné le droit de recueillir toutes les successions ouvertes depuis sa conception, de les transmettre à ses héritiers, d'opérer les révocations des donations entre vifs faites par ses père et mère, etc.

Pour cela, il ne suffit pas qu'il soit né vivant, il faut encore qu'il soit né viable, *vitæ habilis*, c'est-à-dire dans un état de formation assez avancée et assez parfaite pour qu'il pût conserver la vie qu'il venait de recevoir, et qu'il a perdu presque aussitôt; autrement il est, aux yeux de la loi, comme s'il n'avait jamais vécu.

94. Il y a donc trois choses à prouver pour attribuer à un enfant le droit de succéder : l'une, qu'il était conçu (2) au moment de l'ouverture de la succession; l'autre, qu'il est né vivant (3); la troisième, qu'il est né viable.

95. Sur la première question, il faut suivre les règles établies pour la filiation des enfans légitimes au titre de la paternité et de la filiation; par exemple, suivant l'art. 315, la légitimité de l'enfant peut être contestée, s'il est né trois cents jours *après* la mort de son père; par conséquent, s'il est né le trois centième jour, à compter de

---

(1) D'Aguesseau, tome 5, page 445, Domat, pages 318 et 319. — (*a*) *V.* en ce sens, Cass. 11 mars 1811. Sirey, 11, 1, 129; Dalloz, 8, 611. — (2) *V.* le *Nouveau Denisart*, v° Grossesse, page 525; Ricard, des *Dispositions conditionnelles*, chapitre 5, n°s 48 et suivans, 507; Furgole, sur l'art. 39 de l'ordonnance de 1731; Lebrun, des *Successions*, liv. 1, chap. 4, sect. 1; Lacombe, v° Enfant, n° 7; Grenier, des *Donations*, tome 1, page 278; et surtout les *Questions de droit* de M. Merlin, v° Vie, § 2. — (3) *V.* Ricard, *ubi suprà*, n° 500; Louet, lettre E, n° 5; Bouvot, tome 1, 1re part. v° Posthume; Henrys et Bretonnier, tome 1, livr. 6, quest. 21 et tome 2, plaid. 5; Furgole et Merlin, *ubi suprà*.

la mort de son père, ou plus tôt, il a pu recueillir et transmettre toutes les successions ouvertes pendant cet espace de temps (*a*).

96. Sur la seconde question, il n'est pas toujours facile de prouver qu'un enfant est né vivant, lorsqu'il est mort peu d'instans après sa naissance. Il s'agit de savoir à quels signes on peut distinguer la vie.

Elle n'est pas douteuse, lorsqu'on a entendu l'enfant crier au moment de sa naissance. Ce signe est infaillible (1), mais ce n'est pas le seul : la loi 3, Code *de posthumis*, décide positivement qu'il n'est pas nécessaire que l'enfant ait jeté des cris.

Cette loi a toujours été suivie dans l'ancienne jurisprudence. On trouve même des arrêts qui, sur des signes très équivoques, ont décidé qu'un enfant était né vivant.

Cependant (2) c'est une erreur de considérer comme signe de vie toute espèce de mouvement dans le corps d'un enfant qui naît. Les médecins enseignent que l'enfant nouvellement venu au monde, et non encore séparé de sa mère, a souvent des mouvemens convulsifs, et que, s'il est très faible, il a quelquefois des respirations incomplètes, accompagnées de soupirs; mais que ces pulsations de cœur et des artères, ces mouvemens des membres et même de simples soupirs, n'acquièrent pas la vie civile à un enfant; enfin, que ces mouvemens peuvent durer sans la vie complète jusqu'à une et deux heures. Les gens de l'art peuvent donc seuls apprécier les signes de vie qu'a donnés l'enfant.

Mais l'existence de ces signes, quels qu'ils soient, est prouvée par

---

(*a*) Sic Duranton, tome 6, nos 71 et 72; Zachariæ, tome 4, § 592. Paris, 19 juillet 1819; Sirey, 19. 2, 213. Req. rej., 8 février 1821; Sirey. 21, 1, 404; Orléans, 16 mars 1832, rapporté avec l'arrêt de rej., du 28 novembre 1833. Sirey, 34, 1, 668; Dalloz. 34, 1, 35. Toutefois, j'ai peine à croire que cette dernière décision soit bien exact.» Sans doute, dit M. Chabot, *Successions*. art. 725, § 6, on doit bien décider en faveur de l'enfant, que s'il n'y a pas eu plus de trois cents jours d'intervalle depuis l'ouverture de la succession jusqu'à la naissance, il doit être présumé conçu au moment où la succession s'est ouverte; mais la preuve est admissible contre cette présomption : en la rejetant indéfiniment, on s'exposerait à une foule de méprises et d'injustices. C'est aux gens de l'art que cette preuve doit être confiée. Le plus souvent ils sont en état de juger, en examinant l'enfant et la mère au moment de la naissance, quelle est l'époque à laquelle remonte la conception; seulement, s'il y a des doutes, c'est en faveur de l'enfant qu'il faudra décider.» On peut ajouter à ces raisons que les présomptions sont de droit étroit; que la règle des trois cents jours, consacrée par l'article 315, n'a été établie qu'en faveur de la légitimité de l'enfant; que par conséquent on ne saurait l'étendre à la matière des successions, à moins cependant que la question de successibilité ne fût une conséquence nécessaire de la question d'état. — (1) *V.* Lacombe, vo Enfant, no 6, *in fine*, et les auteurs qu'il cite. — (2) Merlin, *Questions de droit*, vo Vie, § 2, où la question relative à la viabilité des enfans est savamment traitée.

le témoignage des accoucheurs, des sages-femmes et des autres personnes présentes à l'accouchement. Leurs dépositions doivent faire pleine foi des faits qu'ils attestent, touchant les signes de vie de l'enfant, parce qu'ils sont témoins nécessaires.

On ne rejette pas même, en cette matière, une déposition isolée; autrement on réduirait souvent les parties à l'impossible (1).

Un arrêt du Parlement de Rouen, du 10 mai 1759, jugea que la déposition d'une sage-femme, jointe à l'acte d'inhumation, suffisait pour prouver qu'un enfant était né vivant, s'il était né à terme. C'était à celui qui prétendait que l'enfant était venu mort au monde, à établir sa prétention.

97. Mais supposant bien établi que l'enfant est né vivant, il reste à prouver qu'il est né viable.

On peut d'abord poser en principe qu'une fois prouvé que l'enfant est né vivant, il est censé né viable (2), à moins que cette présomption ne soit détruite par une preuve contraire, ou par les présomptions légales établies au titre de la paternité et de la filiation.

L'ancienne jurisprudence exigeait cent quatre-vingt-deux jours entre la conception et la naissance pour que l'enfant fût réputé viable. Le Code civil en décidant, art. 312, que l'enfant né le cent quatre-vingtième jour du mariage ne peut être désavoué par le mari, fait entendre clairement que l'on doit regarder comme viable l'enfant qui naît le cent quatre-vingtième jour de sa conception. Ce n'est donc qu'à six mois que la loi reconnaît l'enfant viable, quoique les gens de l'art (3) prétendent qu'il est viable à cinq mois aux yeux de la médecine; mais la loi a sagement pris un terme moyen auquel il faut s'arrêter.

Or, on regarde comme une vérité certaine que l'anatomie donne les moyens de discerner, par l'inspection du cœur et des progrès de l'organisation de l'enfant qui meurt peu de temps après sa naissance, s'il a plus ou moins de cent quatre-vingts jours.

Le seul moyen de prouver que l'enfant né vivant est né viable, est donc de provoquer et de faire ordonner une visite d'experts, médecins ou chirurgiens.

Mais si l'enfant a été inhumé sans que les hommes de l'art aient constaté les progrès de son organisation, et si l'on n'est plus à

---

(1) Merlin, *ubi suprà*. — (2) *V.* un arrêt de la Cour de Limoges, du 12 janvier 1813, Sirey, an XIII, 2e part., page 261. — [*V.* aussi Angers, 25 mai 1822; Sirey, 23, 2, 105; Dalloz, 21, 2, 76; Bordeaux, 8 février 1830; Sirey. 30, 2, 164. Comp. Bastia, 18 mars 1842; Journ du Palais, tome 2. 1842, page 426.] — (3) Alphonse Leroi, dans un mémoire cité dans les *Questions de droit* de Merlin, vo Vie, § 2.

temps de réparer cette omission en l'exhumant, les moyens de prouver que l'enfant né vivant n'était pas viable, manquent absolument; en vain consulterait-on les gens de l'art, qui n'ont plus aucune donnée pour connaître si l'enfant avait atteint le cent quatre-vingtième jour.

La présomption de viabilité conserve donc sa force. Tout individu qui meurt est présumé avoir vécu capable des droits civils. L'incapacité ne se présume point (902 — 1123); c'est à celui qui l'allègue d'en donner la preuve.

98. Mais si l'enfant naît avant le cent quatre-vingtième jour de la célébration du mariage, la loi ne le reconnaît plus viable (*a*); l'honneur de la mère et la morale publique exigent qu'on le déclare non viable plutôt qu'illégitime. Supposons donc que le mari soit mort avant la naissance de cet enfant : la veuve, sacrifiant son honneur à son intérêt, ne pourrait pas demander à prouver par témoins que son enfant était conçu avant le mariage, et que son mari a reconnu sa grossesse; une telle allégation répugne aux bonnes mœurs. La femme ne doit pas être admise à alléguer sa propre turpitude, uniquement

---

(*a*) La loi ne dit rien de semblable. La viabilité de l'enfant est tout-à-fait indépendante de la circonstance qu'il est venu au monde avant le cent quatre-vingtième jour du mariage. Dès qu'il est établi que l'enfant est né vivant, on présume, jusqu'à preuve contraire, qu'il est né viable. Il n'existe à cet égard aucune exception dans la loi. C'est à ceux qui ont intérêt à contester la viabilité d'établir leur prétention. Sans doute l'enfant qui naît viable pendant le mariage, n'est pas par cela seul héritier légitime des époux. La loi exige encore qu'il soit issu du mariage. Mais la question de légitimité ne vient qu'après celle de viabilité. L'ordre logique des idées exige que celle-ci soit décidée la première. Maintenant, de deux choses l'une, ou les parties intéressées établissent que l'enfant n'est pas né viable, ou bien ils ne font pas cette preuve. Dans le premier cas, nulle difficulté : l'enfant n'a pu rien recueillir et par conséquent rien transmettre, la question de légitimité est parfaitement indifférente. Mais il en est autrement dans la seconde hypothèse. L'enfant né viable ou présumé tel a été en possession de l'état d'enfant légitime. A ce titre, il a pu recueillir et transmettre des droits. Alors ceux qui ont intérêt et qualité pour contester ce titre et faire révoquer les conséquences qu'il a pu produire doivent procéder conformément aux dispositions du chap. 1er de la loi sur la paternité et la filiation; ils doivent, en un mot, prouver que l'enfant n'est pas issu du mariage; mais aussi les héritiers de celui-ci pourront leur opposer toutes les exceptions admises en pareille matière. Il ne faut pas en effet perdre de vue que la question de successibilité n'est ici que la conséquence de celle de légitimité. Ainsi, dans la première hypothèse indiquée par M. Toullier, je pense que la mère sera admise pour repousser la prétention des héritiers du mari, à justifier par tous les moyens que la loi autorise que celui-ci avait connaissance de sa grossesse avant le mariage : et dans les autres espèces (*V.* aussi nos 99 et 100), que le mari pourra, comme héritier de son enfant, retenir une partie de la succession de la femme et, comme père, redemander les biens qu'il avait donnés à son neveu, parce que ni celui-ci ni les soi-disant héritiers de la femme n'ont qualité pour attaquer la légitimité de l'enfant.

par un motif d'intérêt; elle doit être repoussée par une fin de non-recevoir.

Néanmoins, si elle prouvait par écrit que son mari a reconnu sa grossesse avant le mariage, cette preuve ne pourrait être rejetée, si la reconnaissance était consignée dans un acte authentique (634); il resterait seulement à prouver que l'enfant est né vivant.

En serait-il de même si la reconnaissance du mari n'était pas authentique? Cette reconnaissance serait reçue sans contredit, s'il s'agissait d'assurer un état à l'enfant vivant; car la mère, comme nous l'avons vu au titre de la paternité et de la filiation, peut défendre son honneur et l'état de son enfant par tous les genres de preuve reçus en justice.

Or, on ne voit aucune raison pour rejeter cette reconnaissance, parce qu'il ne s'agit que de l'intérêt de la veuve ou de ses héritiers; ce cas est différent de celui où la femme n'offre qu'une preuve testimoniale. Il pourrait même arriver que la femme eût des reconnaissances de sa grossesse avant le mariage, consignées dans des lettres écrites par les héritiers de son mari. Comment pourraient-ils, après sa mort, rejeter des reconnaissances émanées de leur propre mouvement?

On ne pourrait pas opposer que la reconnaissance d'un enfant naturel doit être consignée dans un acte authentique; car il s'agit d'un enfant né pendant le mariage.

Dans l'espèce inverse, la femme meurt en couches cent soixante-cinq jours après le mariage. Le père prouve que l'enfant est venu vivant, et a survécu de quelques instans à la mère, décédée dans les douleurs de l'enfantement. L'enfant n'est pas réputé viable; par conséquent il n'a pu succéder à sa mère, ni transmettre à son père aucun droit sur les biens de celle-ci.

Le père ne peut demander à prouver par témoins que l'enfant est conçu avant le mariage, qu'il est né viable, et a succédé à sa mère. L'honneur dû à la mémoire de son épouse, et la morale publique, repoussent sa demande. Il doit être déclaré non recevable et l'enfant présumé non viable.

Mais le père pourrait invoquer une reconnaissance authentique qu'il aurait faite antérieurement au mariage, parce qu'on aurait pu l'invoquer contre lui, et parce que la date en est assurée.

Il ne pourrait invoquer une reconnaissance privée qui n'aurait point de date certaine contre des tierces personnes.

Mais il nous semble qu'il pourrait invoquer des lettres de son épouse, si elles prouvaient qu'en effet elle était enceinte avant le mariage.

99. Un homme prisonnier en Angleterre depuis plusieurs années, ou, si l'on veut, venant des Indes, arrive en France, où il retrouve sa femme, qui, cent soixante-cinq jours après, meurt en couches d'un enfant que le mari prétend être venu vivant, et avoir survécu à la mère.

Cet enfant n'était pas viable aux yeux de la loi; il n'a pu ni succéder à sa mère, ni transmettre aucuns droits à son père.

100. Après avoir fait une donation entre vifs à son neveu, un homme se marie. Cent soixante-cinq jours après le mariage, sa femme accouche d'un enfant qui meurt peu d'instans après sa naissance; il demande à prouver que l'enfant est né vivant, et soutient que la donation est révoquée en vertu de l'art. 960.

La demande doit être rejetée. Si l'enfant est venu vivant, il n'est pas né viable.

Si le père demandait à prouver que l'enfant est né viable, et que la conception est antérieure au mariage, sa demande devrait être déclarée non recevable.

A plus forte raison, si l'enfant était né cent soixante-cinq jours après que le mari donateur est arrivé des Indes, celui-ci ne pourrait pas demander à prouver que l'enfant est né vivant.

Mais si l'enfant né cent soixante-cinq jours après le mariage, ou après le retour du mari, continuait de vivre, et si, au lieu de le désavouer comme il en a le droit, le mari le reconnaissait pour son fils, la donation serait révoquée, et le donataire ne pourrait pas, pour soutenir sa donation, attaquer la légitimité de l'enfant.

Dans le même cas, si la femme était morte en couches, ses héritiers ne pourraient contester à l'enfant vivant la succession de sa mère, parce qu'ils n'ont pas le droit d'attaquer la légitimité de l'enfant. La mère n'a pu leur transmettre un droit qu'elle n'avait pas.

101. Si, pendant le cours d'un mariage qui dure depuis plusieurs années, la femme meurt en couches d'un enfant qu'on prétend venu vivant, et avoir survécu à la mère, alors naissent les questions de savoir,

1° S'il est né vivant;

2° S'il a survécu à la mère;

3° Enfin, s'il est né viable; et ces questions doivent être résolues d'après les principes que nous avons établis; mais c'est au demandeur à prouver les faits qui servent de fondement à sa demande. Ainsi, c'est à ceux qui réclament des droits du chef de l'enfant, ou à cause de sa survie, de prouver qu'il est venu vivant au monde (1),

(1) Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 4, page 41.

parce que ce fait est le fondement de leur demande (*voy.* au surplus ce que doit faire l'officier de l'état civil, dans le cas d'un enfant mort avant que la naissance fût enregistrée, tome 1, n° 334).

Mais le fait que l'enfant n'est pas né viable est une exception; c'est à ceux qui l'opposent de la prouver : *Reus excipiendo fit actor.*

102. La faculté de succéder étant un droit civil, elle n'appartient point aux étrangers. Cependant, par un motif de justice fondé sur la réciprocité, et pour engager les autres souverains à supprimer le barbare droit d'aubaine, le Code admet l'étranger à succéder aux biens que son parent, étranger ou Français, possède dans le territoire du royaume, *dans le cas* et *de la manière* dont un Français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger (1), conformément aux dispositions de l'art. 11, au titre de la jouissance et de la privation des droits civils (725).

L'art. 11 porte que « l'étranger jouira en France des mêmes « droits civils que ceux qui sont ou qui seront accordés aux Français « par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. »

Il ne faut pas conclure du rapprochement de ces deux articles, qu'il suffise, pour rendre un étranger capable de succéder en France, que les traités donnent aux sujets des deux États le droit de succession réciproque dans l'étendue de leurs territoires respectifs. Cette réciprocité est exigée non-seulement de nation à nation, mais même de particulier à particulier (2). Il faut aussi que l'étranger qui réclame une succession en France, soit capable de succéder suivant les lois de son pays.

Par exemple, les religieux et les religieuses sont, en Prusse, incapables de succéder par la loi du pays, comme ils l'étaient autrefois en France. Il ne suffirait donc pas, pour les autoriser à recueillir une succession en France, de dire que les traités entre les deux nations accordent à leurs sujets respectifs le droit réciproque de succession, et que nos lois actuelles ne reconnaissent plus l'incapacité de succéder qui résulte de la profession en religion. D'abord il n'y aurait plus de réciprocité; car si un religieux prussien ne peut ni transmettre sa succession à un Français, ni disposer en sa faveur, la réciprocité exige qu'il ne puisse, en France, ni recueillir une succession, ni recevoir une donation, soit entre vifs, soit à cause de mort.

---

(1) Cette disposition est tirée du *Code prussien*, publié en 1794, 1re part., tit. 12, no 40. « Les habitans d'un pays étranger sont incapables de recueillir les « successions et legs d'un sujet de l'État, lorsque des sujets de l'État sont in- « capables de recueillir des successions et des legs dans le pays étranger dont « il s'agit, d'après les lois de ce même pays. » — (2) Arrêt de la Cour de cassation, du 24 août 1808, rendu sur les conclusions de M. Merlin, Sirey, an 1808,

D'ailleurs la mort civile, dont la loi ancienne, conservée dans la Prusse, frappe les individus qui ont fait profession en religion, affecte leur état et les rend incapables de toutes successions; c'est une loi personnelle qui les suit partout. Il serait donc contraire à la raison que celui qui n'est pas habile à succéder dans sa patrie, fût reconnu pour tel en pays étranger.

Il y a cependant une exception au principe que, pour être habile à succéder en France, il faut être habile à succéder dans son pays : c'est le cas de la mort civile, encourue par l'effet d'une condamnation judiciaire. Cette mort civile ne suit point, hors de sa patrie, celui qui en est frappé, parce que les jugemens rendus dans une souveraineté n'ont pas l'effet dans une autre. C'est une loi du droit public des nations, qui n'est pas moins applicable aux matières criminelles qu'aux matières civiles (1).

Mais, hors ce cas, c'est un principe universellement reconnu que la loi du domicile, en tant qu'elle règle et détermine l'état d'une personne, exerce son empire au dehors comme au dedans de son territoire. C'est sur ce principe que l'art. 3 du Code dit, « que les lois « concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Fran- « çais, même en pays étranger (*a*). »

---

page 337. — [*V.* aussi cass. 1er février 1813; Sirey, 13, 1, 113; Dalloz, 9, 896. Rej. 9 février 1831, Sirey, 31, 1, 415; Dalloz, 31, 1, 72.]

(1) *V.* les conclusions de M. Merlin, lors de l'arrêt ci-dessus cité.— (*a*) La loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction a abrogé les art. 726 et 912 du Code civil : elle dispose que les étrangers auront droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français dans toute l'étendue du royaume.

Elle ajoute que, dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et Français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales.

Ces dispositions exigent quelques développemens.

En premier lieu, le titre de la loi manque d'exactitude. Elle n'abolit point en effet les droits d'aubaine et de détraction. Il suffit pour le prouver de rappeler en peu de mots en quoi consistaient ces deux droits.

Le droit d'aubaine était à proprement parler la confiscation au profit du souverain de la succession de l'étranger au préjudice de ses héritiers même Français : « Les étrangers qui ne sont pas naturalisés, dit Pothier, no 5, de l'introduction au titre 17 de la *Coutume d'Orléans*, n'ayant pas le droit de citoyen n'ont pas le droit de transmettre leur succession, et leurs biens sont dévolus au roi par un droit qu'on nomme droit d'aubaine. »

Le droit de détraction consistait dans un prélèvement au profit du roi sur la succession qui était échue à un étranger. Ce prélèvement stipulé dans beaucoup de traités était le plus souvent d'un dixième.

Les droits d'aubaine et de détraction furent abolis par le décret des 6-18 août 1790. Mais cette abolition ne conféra point aux étrangers le droit de succession active. Il leur fut accordé par le décret des 8-15 avril 1791, dont l'art. 3 porte : « Les étrangers, quoique établis hors du royaume, sont capables de recueillir

en France les successions de leurs parens même français; ils pourront de même recevoir et disposer par tous les moyens qui seront autorisés par la loi. »

Puis est venu le Code civil. A-t-il rétabli les droits d'aubaine et de détraction, a-t-il révoqué, comme l'intitulé de la loi actuelle pourrait le faire croire, le décret de 1790? Nullement. Il a seulement modifié la disposition du décret de 1791, en n'admettant désormais les étrangers à succéder en France, qu'autant que le même droit serait accordé aux Français par les traités faits avec la nation à laquelle ces étrangers appartiennent, et encore dans les cas et de la manière dont les Français succèdent à leurs parens possédant des biens dans le pays de ces étrangers.

Comme on le voit, la loi de 1819 n'a point aboli les droits dont il s'agit, et cela par la raison toute simple que ces droits n'existaient plus depuis longtemps. C'est un point qui, du reste, a été reconnu par le garde-des-sceaux dans son exposé des motifs à la chambre des pairs: « Sa majesté, disait-il, s'est convaincue que les droits d'aubaine et de détraction, déjà abolis par la loi du 18 août 1790, n'ont jamais été nommément rétablis. » *V.* Locré, tome 10, page 499.

Maintenant voyons quel est l'objet de la loi relativement aux successions légitimes.

Sous l'empire du Code, les étrangers avaient le droit de succession passive. En d'autres termes, ils pouvaient transmettre leur succession. Mais, d'un autre côté, ils étaient incapables de recueillir celle de leur parent français ou étranger : et si celui-ci ne laissait pas d'autres héritiers, ses biens passaient à l'État, non à titre de confiscation ou d'aubaine, mais à titre de deshérence.

C'est le droit de succession active, le droit de recueillir, que leur confère la loi de 1819 : Les étrangers, dit-elle, auront droit de succéder..... de la même manière que les Français dans toute l'étendue du royaume.

Mais dans quel but?

« Il a été vérifié, a dit M. le garde-des-sceaux, que nous ne gagnons rien à exclure les étrangers du droit de succéder et de disposer. La deshérence qui résulte quelquefois de leur incapacité offre un produit tellement modique qu'il ne saurait être pris en aucune considération. L'étranger ne se hasarde pas à acquérir des biens dont il ne pourrait disposer à sa mort et que ses parens ne recueilleraient pas. Si l'on aplanit cet obstacle, il acquerra, et ses acquisitions, les capitaux qu'il y emploiera en augmentant la masse et la valeur des nôtres, nous seront mille fois plus avantageux que les vains profits de la deshérence et le principe stérile et nuisible, en cette occasion, de la réciprocité.

« L'incapacité dont les art. 726 et 912 du Code civil ont frappé les étrangers étant fondée sur l'art. 11 qui ne leur accorde que les droits civils dont nous jouissons chez eux, on a examiné si l'on abrogerait aussi cet article: on n'y a vu aucun avantage.

« Ce que nous désirons, ce sont des étrangers qui, devenant propriétaires dans le royaume, s'y fixeront naturellement ou apporteront des capitaux desquels nous profiterons, quand même leurs propriétaires ne se fixeraient pas parmi nous. Le but sera atteint si nous leur rendons le libre et entier exercice du droit de propriété, en levant l'interdiction de disposer et de recueillir, qui restreint et asservit ce droit dans leurs mains. Les autres droits civils n'ont rien de commun avec celui qu'il nous est avantageux de leur restituer. Ce n'est pas par un mouvement de générosité que nous voulons effacer des différences relatives aux successions et aux transmissions de biens; *c'est par calcul.* Il ne faut donc effacer que celles qui peuvent dissuader les étrangers d'acquérir; ils n'ont besoin pour cela ni des droits politiques dont nous devons être avares, ni même de la plénitude des droits civils. Ces derniers seront toutefois assurés, par l'art. 13 du Code civil, à l'étranger qui réside en France, après avoir obtenu l'autorisation du roi d'y établir son domicile. »

Ainsi, la loi de 1819 n'est point comme celle de 1791 une loi de philanthropie, mais une loi de calcul, d'intérêt bien entendu.

Puisque les étrangers ont en France la faculté de transmettre leur succession et d'y recueillir celles qui leur échéraient du chef d'étrangers ou du chef de Français, il convient d'examiner comment seront réglées les successions qu'ils laisseront ou auxquelles ils seront appelés.

Plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

La succession peut être purement mobilière ou purement immobilière, ou à la fois mobilière et immobilière.

Les biens qui la composent peuvent se trouver tous en France, ou partie en France, partie à l'étranger.

Enfin le *de cujus* peut être Français ou étranger.

Si la succession se trouve toute en France et que le *de cujus* soit Français, nulle difficulté; il faut appliquer le Code civil.

Même décision si le défunt est étranger et que sa succession se compose seulement d'immeubles situés sur notre territoire (*V.* art. 3, Code civil). Comp. Cass., 14 mars 1837; Sirey, 37, 1, 195; Dalloz, 37, 1, 275; Journ. du Palais, tome 1er, 1837, page 211.

Si, au contraire, elle ne comprend que des meubles, comme ils sont censés se trouver au domicile du défunt, d'après l'adage *mobilia ossibus personæ inhærent*, on devra appliquer le statut personnel du défunt (Argt. *à contrario* de l'art. 3, § 2).

Maintenant supposons que la succession du Français ou de l'étranger se compose de meubles ou d'immeubles situés, partie en France, partie à l'étranger. Les héritiers sont-ils tous étrangers ou tous Français, alors ils partageront les biens de la France, conformément à la loi française, sauf à se régler d'après les lois étrangères pour la partie de succession qui serait située hors de France (Comp. toutefois Bastia, 25 mars 1833; Sirey, 34, 2, 317; Dalloz, 34, 2, 3).

Mais il pourra arriver que par suite des alliances qui se formeront entre des Français et des étrangers, il y ait des cohéritiers français et des cohéritiers étrangers; comment alors s'opérera le partage? Si l'on se conformait au droit commun, les héritiers français pourraient, comme cela va être expliqué, se trouver préjudiciés. L'art. 2 contient à cet égard une règle particulière et parfaitement raisonnable. Afin de rétablir l'égalité dans l'intérêt des héritiers français, il veut que dans ce cas ceux-ci prélèvent sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger, dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales. « Nous sommes justes et équitables, disait M. le garde-des-sceaux, en reconnaissant les droits de la parenté dans les étrangers; mais nous ne le serons pas moins en établissant autant qu'il peut dépendre de nous l'égalité entre les héritiers étrangers et les héritiers français. Nous voulons favoriser les étrangers, mais point au détriment des nationaux. » Aussi, ajouta-t-il, cette disposition doit-elle s'appliquer, soit que l'exclusion provienne du fait seul de la loi, ou qu'elle résulte d'une disposition de l'homme autorisée par la loi. *V.* Locré, tome 10, pages 503 et 504.

Il reste à indiquer comment on devra procéder. J'emprunte un exemple au rapport de M. Boissy d'Anglas : « Un sujet du roi de la Grande-Bretagne meurt en laissant deux lignées, un fils établi à Londres, et des petits-enfans nés en France d'une fille mariée à un Français et qui est morte avant son père; la succession immobilière est située dans les deux pays; les lois sur le droit d'aubaine sont abolis parmi nous, mais elles ne le sont pas en Angleterre : l'Anglais vient partager ici avec les enfans de sa sœur les biens que son père y a laissés et il n'y rencontre aucun obstacle : mais quand ses co-successeurs vont à leur tour réclamer à Londres leur part dans les biens qui s'y trouvent, on les repousse en leur opposant leur qualité de sujets du roi de France : on se fonde avec succès sur cette même législation de l'aubaine que nous vous proposons d'abolir; et ils sont frustrés de tout concours dans la succession de leur aïeul : ce serait le seul cas sans doute où la loi de la réciprocité pourrait être regrettée; mais la loi actuelle y a pourvu jusqu'à un certain point par l'ar-

## SECTION II.

*De l'indignité de succéder.*

SOMMAIRE.

103. Dévolution de la succession aux autres parens, en cas d'indignité de l'héritier.
104. Causes qui font encourir l'indignité.
105. C'est une peine qu'on ne peut étendre au-delà des cas prévus par la loi.
106. Il ne suffit pas que l'héritier soit accusé, il faut qu'il soit condamné.
107. Les lettres de grâce ne font point cesser l'indignité.
108. De la prescription de la peine.
109. Ce qu'on entend par accusation capitale.
110. En dénonçant le meurtre du défunt, l'héritier n'est pas tenu de se rendre partie civile; dans quel délai la dénonciation doit être faite.
111. A qui le défaut de dénonciation ne peut être opposé.
112. Les enfans de l'indigne ne sont pas exclus, s'ils peuvent, de leur chef, succéder au défunt.
113. L'indignité doit être prononcée par les tribunaux; par qui l'action peut être intentée.
114. L'indigne doit rendre tous les fruits qu'il a perçus, et les intérêts depuis la demande.
115. Les ventes faites par l'indigne sont valides.
116. La déchéance prononcée contre l'indigne fait revivre les droits qu'il avait contre la succession, *et vice versâ*.

103. L'habile à succéder, qui a les qualités requises, est de plein

---

ticle 2. On considérera la succession dont il s'agit comme ne formant qu'une seule chose, et quoique les biens qui la composent se trouvent en Angleterre et en France, on en déterminera ici l'estimation : les Français recevront d'abord sur les biens qui s'y trouveront la quotité qui leur reviendra sur le tout, conformément aux lois françaises, et abandonneront le surplus à ceux qui y auront droit; les biens qui seront en France seront pour eux un véritable gage sur lequel ils exerceront une sorte de privilège.»

Mais faudrait-il procéder de la même manière, si le *de cujus* n'avait laissé en Angleterre que du mobilier, et que son fils fût seul appelé, d'après la loi anglaise, à le recueillir? Nous supposerons que la valeur de la fortune mobilière égale celle de la fortune immobilière. Le fils qui a recueilli toute la fortune mobilière pourra-t-il prétendre encore à la moitié de la fortune immobilière? Je ne le pense pas. Un pareil résultat serait tout à fait inique et en opposition avec la pensée qu'a dicté l'art. 2, c'est-à-dire de rétablir autant que possible l'égalité au profit des héritiers français. Sans doute l'expression *biens situés* qui s'y trouve employée semble indiquer qu'il n'est appelé à régler que les successions purement immobilières: mais on peut répondre que l'article est favorable; qu'il faut se garder d'en interpréter les expressions à la rigueur: qu'enfin les meubles ont une situation qui est celle du domicile du propriétaire; que dans l'espèce, ce sont en réalité des biens situés à l'étranger dont sont exclus les cohéritiers français, et que par conséquent ils peuvent exercer leur prélèvement sur les biens de France, c'est-à-dire sur les immeubles.

Mais le prélèvement n'aurait pas lieu sur le mobilier que le défunt aurait également laissé en France. Là ne s'appliquent plus les termes de l'art. 2. Il est fâcheux, j'en conviens, que cet article ne soit pas plus général; mais ce n'est pas une raison pour en forcer les termes. *V.* toutefois Paris, 1er février 1836; Sirey, 36, 2, 173. Peut-être faudrait-il admettre une décision différente, si l'étranger avait établi son domicile en France. Riom, 7 avril 1835; Sirey, 36, 2, 374; Dalloz, 36, 2, 57.

Relativement à l'étranger qui ne laisse pas d'héritiers au degré successible. *V.* Paris, 15 novembre 1833; Sirey, 33, 2, 593; Dalloz, 34, 2, 2.

droit saisi de la succession ; il devient, au moment même de la mort du défunt, propriétaire de tous les biens.

Mais il peut être dépouillé de son droit pour cause d'indignité : la succession est alors dévolue, non pas au fisc, comme dans le droit romain, mais aux parens avec lesquels celui qui est déclaré indigne l'aurait partagée, ou à ceux qui se trouvent après lui les plus prochains habiles à succéder.

104. Les causes (1) qui font encourir l'indignité n'étaient déterminées par aucune loi dans l'ancienne jurisprudence française ; elles étaient abandonnées à la prudence des tribunaux, qui n'admettaient pas toutes celles qu'on trouve énumérées dans le droit romain, mais qui pouvaient aussi en admettre d'autres, lorsque les bonnes mœurs ou l'équité paraissaient l'exiger, ainsi que l'enseigne Domat : il y avait donc beaucoup d'arbitraire en cette matière.

Le Code civil l'a fait cesser, en limitant à trois cas les causes qui font encourir l'indignité. L'article 727 déclare indignes de succéder, et comme tels exclus des successions :

« 1° Celui qui serait *condamné* pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt ;

« 2° Celui qui a porté contre le défunt une accusation capitale « jugée calomnieuse ;

« 3° L'héritier majeur qui, instruit du meurtre du défunt, ne « l'aura pas dénoncé à la justice. »

105. L'indignité qui entraîne l'exclusion des successions, est une peine que les juges ne pourraient aujourd'hui, sans excès de pouvoir, étendre au-delà des cas prévus par le Code (2). Il ne s'est pas borné à limiter les causes d'indignité ; il a, de plus, déterminé d'une manière précise celles qu'il admet.

106. 1° Il ne suffit pas que l'héritier (*a*) soit accusé d'avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt, ou d'être complice de ce crime ; il ne suffit même pas qu'il lui ait donné la mort, s'il l'a fait innocemment ; il faut qu'il ait été *condamné*, et *condamné* pour avoir donné ou tenté de donner la mort. Si les jurés déclaraient que l'homicide a été commis par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui, il n'y aurait pas de délit (art. 328 et 329 du Code des délits et des peines du 12 février 1810) ; ainsi, l'indignité ne pourrait être prononcée. Il en serait de même si, en cas d'homicide

(1) Sur les causes d'indignité, *voy.* Domat, 2e partie, livre 1, titre 1, section 3. — (2) Malleville, sur l'art. 727 du Code. Les causes d'indignité qu'on trouve dans les lois romaines et dans les auteurs, et qui ne sont pas rappelées par le Code, doivent être regardées comme abolies. *V.* le *Nouveau Répertoire*, vo Indignité, no 9. — (*a*) Le mot *héritier* comprend à la fois les *héritiers légitimes* proprement dits, et les *successeurs irréguliers*.

commis involontairement, mais par l'effet de l'imprudence ou de la négligence de celui qui l'a commis, l'héritier avait été condamné à des peines correctionnelles, suivant l'art. 319 du même Code; car alors il serait condamné pour son imprudence ou pour sa négligence, et non pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt (1).

107. Les lettres de grâce n'éteignent que la peine due au crime, et non le crime lui-même; elles ne font pas cesser l'indignité.

108. Il en est de même de la prescription contre la peine prononcée par un jugement; mais il en serait autrement de la prescription acquise contre l'action après dix années sans poursuite, à compter du jour où le crime a été commis (art. 637 du Code d'instruction criminelle).

Après ce terme, l'action publique et l'action civile sont éteintes; ainsi l'indignité ne pourrait être prononcée (*a*).

109. 2° On entend par accusation (*b*) capitale celle qui tend à faire condamner l'accusé à une peine capitale, c'est-à-dire à la peine de mort naturelle ou civile. Telle est l'acception qu'on a toujours donnée en jurisprudence au mot *capital* (2); et les termes de la loi doivent être pris dans leur sens naturel.

---

(1) *V.* le *Répertoire*, v° Indignité; *voy.* au surplus, Chabot, sur l'article 727 5e édition, nos 5 et 6. — [Faudrait-il décider de la même manière si le meurtre avait été déclaré excusable, et qu'en conséquence le meurtrier n'eût été condamné qu'à une peine correctionnelle (articles 321 et suivants, Code pénal)? Je ne le pense pas. Dans cette hypothèse, l'homicide a été commis volontairement, et le meurtre, quoique excusable, n'en n'est pas moins un crime. Il était du moins regardé comme tel et puni d'une peine afflictive et infamante par la loi pénale de 1791 qui était en vigueur à l'époque de la promulgation du Code. *V.* 2e partie, titre 2, section Ire, article 9. De plus, le meurtrier, quoique condamné à une simple peine correctionnelle, ne l'est pas moins pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt. L'article 727 lui est par conséquent applicable. *V.* en ce sens Merlin, *Répert.*, v° Indignité, n° 3; Zachariæ, tome 4, § 593, note 3. *Secùs* Duranton, tome 6, n° 95; Chabot sur l'article 727, n° 7; Delvincourt, tome 2, note 1 de la page 26.] —(*a*) Le pardon que le défunt aurait accordé au meurtrier n'effacerait point non plus l'indignité. «C'est la loi elle-même, dit très bien M. Chabot, art. 727, n° 11, qui prononce l'indignité, soit comme un supplément de peine contre le meurtrier, soit comme une convenance d'honnêteté publique, et conséquemment il n'a pu être au pouvoir du défunt d'en faire la remise, puisqu'elle est indépendante de sa volonté.» *V.* aussi Zachariæ, tome 4, § 593; Delvincourt, tome 2, note 12, page 26; Duranton, tome 6, n° 109. — (*b*) Il faut entendre par ce mot une dénonciation ou une plainte. Dans nos mœurs il n'y a que le ministère public qui accuse. Ajoutons que la loi exigeant une accusation, il en résulte que l'injure la plus grave faite ou prononcée contre le défunt, mais sans accusation en justice, ne suffirait pas pour faire prononcer l'indignité, lors même qu'elle aurait été jugée calomnieuse. Chabot (art. 727, n° 12); Duranton, tome 6, n° 103. — (2) *Licet capitalis latinè loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio capitalis, mortis vel amissionis civitatis intelligenda est.* Leg. 103, *ff. de V. S.* *V.* aussi le *Nouveau Denisart*, v° Capital; le *Répertoire*.

M. Maleville en conclut, et nous en concluons avec lui, que l'accusation qui tendrait à une condamnation moins grièvе ne suffirait pas pour faire prononcer l'indignité.

Cependant, l'opinion contraire a trouvé des partisans distingués, qui ont pensé que la loi ne serait point assez sévère, si une accusation qui pouvait faire condamner le défunt à une peine afflictive ou infamante ne suffisait pas pour faire déclarer l'enfant qui l'aurait portée indigne de succéder (*a*).

Il nous paraît que l'excès d'indulgence qu'on croit apercevoir dans une loi, ne suffit pas pour étendre à d'autres cas les peines qu'elle prononce; on ne peut, en cette matière, user d'interprétation extensive : le magistrat ne doit pas être plus sévère que la loi.

Il faut quatre conditions pour faire prononcer l'indignité :

1° Qu'il y ait eu accusation portée contre le défunt;

2° Que l'accusation fût capitale;

3° Qu'elle ait été jugée calomnieuse (*b*);

4° Qu'il n'y ait pas eu de réconciliation entre le défunt et l'accusateur (*c*).

110. Sur la troisième cause de l'indignité, il faut remarquer que le majeur (*d*), instruit du meurtre du défunt, n'est pas obligé d'en

---

v° Peine, n° 1; Ferrière et les autres glossaires. — [*V.* dans le sens de l'auteur, Merlin, v° Peine, n° 1; Duranton, tome 6, n°s 104 et suiv.; Zachariæ, tome 4, §. 593, note 8.

(*a*) *V.* Chabot, art. 727, n° 13; Delvincourt, tome 2, note 3, page 26. — (*b*) C'est-à-dire qu'elle ait été déclarée calomnieuse par un jugement rendu contre l'accusateur. La dénonciation calomnieuse est un délit qui donne lieu à des peines correctionnelles contre celui qui s'en rend coupable (art. 373, Code pénal). Or, ce délit comme tous les autres ne peut être constaté que par une instruction faite contre le prévenu, et il ne peut en résulter de peines qu'en vertu d'un jugement qui déclare que le prévenu est coupable (Chabot, art. 727, n° 14. Comp. aussi Delvincourt, tome 2, note 4 de la page 26). *V.* au surplus la note suivante. — (*c*) « De la nécessité d'un jugement, dit M. Chabot, qui eût déclaré l'accusation calomnieuse, il résulte que le défunt a pu faire grâce à l'accusateur de la peine d'indignité, en n'exerçant pas, dans les trois ans à compter de l'accusation, une action tendant à faire déclarer cette accusation calomnieuse. Après les trois ans, l'action se trouverait prescrite aux termes de l'art 638, C. inst. crim. Pourquoi l'accusé n'aurait-il pas le pouvoir de pardonner l'offense qu'il a reçue? Comment pourrait-on le contraindre à en poursuivre la punition, etc.?» Mais l'auteur ajoute fort bien « que s'il y a eu un jugement qui ait déclaré l'accusation calomnieuse ou sur une action formée dans les trois ans par l'accusé ou même sur une plainte rendue dans le même délai par le ministère public, alors l'accusé n'a plus le pouvoir de remettre la peine de l'indignité qui est encourue et qui est prononcée par la loi. Ici s'appliquent tous les motifs énoncés au n° 11. » Ainsi la réconciliation n'effacerait point l'indignité si l'accusation avait été jugée calomnieuse (*V.* la note du numéro précédent). — (*d*) Ainsi le défaut de dénonciation ne peut être opposé au mineur. Toutefois je pense, avec M. Chabot, que l'héritier mineur parvenu à sa majorité devrait, sous peine d'être déclaré indigne, dénoncer le meurtre à la justice, s'il y avait encore

poursuivre la vengeance, en se rendant partie civile. Il suffit qu'il dénonce le crime à la justice (*a*); et comme la loi ne fixe point le délai fatal pour faire la dénonciation, un parent plus éloigné ou en degré égal ne pourrait exclure l'héritier en se hâtant de le prévenir; c'est aux magistrats à juger s'il y a eu, de la part de l'héritier, une négligence suffisante pour que l'indignité soit encourue.

Quoi qu'il en soit, la prudence exige que l'héritier fasse la dénonciation avant de s'immiscer dans les biens de la succession, ou, en tous cas, aussitôt que le crime est venu à sa connaissance.

111. Mais le défaut de dénonciation ne peut être opposé « aux « ascendans et descendans du meurtrier, *ni à ses alliés au même* « *degré* (1), ni à son époux ou à son épouse, ni à ses frères ou « sœurs, ni à ses oncles et tantes, ni à ses neveux ou nièces (ar- « ticle 728) (*b*). »

---

possibilité de constater le crime et d'en faire punir les auteurs (*V.* art. 727, n° 17; Duranton, tome 6, p. 112; Zachariæ, tome 4, § 593, note 14.

(*a*) Il n'est pas nécessaire qu'il dénonce le meurtrier, Duranton, t. 6, n° 111; Zachariæ, t. 4, § 593, n. 12; Chabot sur l'art. 727, n° 16; Delv., t. 2, n. 6, de la p. 26. —(1) Dans le cas où ces derniers auraient été institués héritiers. — [Cette observation n'est pas exacte. L'art. 728 régit seulement les successions légitimes. Ces expressions *alliés au même degré* s'appliquent donc aux personnes qui sont à la fois héritières de la victime et alliées en ligne directe de celui qui a commis le crime. A l'égard des successions testamentaires, l'héritier ne peut en être privé au moyen de l'action d'indignité, la demande en révocation pour cause d'ingratitude est seule autorisée contre lui (*V.* art. 1046 et 1047. — (*b*) Les termes de cet article ne rendent pas exactement la pensée du législateur. Il suffit pour s'en convaincre de savoir comment a été faite sa rédaction. Dans le projet communiqué au Tribunat, l'art. 728 était ainsi conçu: « Le défaut de dénonciation ne peut être opposé aux ascendans et descendans du meurtrier, ni à ses alliés en ligne directe, ni à son époux ou à son épouse, ni à ses frères ou sœurs, ni à ses oncles et tantes, ni à ses neveux et nièces. » Le Tribunat présenta l'observation suivante : La section pense que dans cet article il convient de supprimer les mots : *ni à ses alliés en ligne directe*, et d'ajouter à la fin de la disposition : ni à ses alliés au même degré. On ne voit pas en effet pourquoi le défaut de dénonciation qui, suivant l'article, ne peut être opposé aux alliés du meurtrier en ligne directe, pas plus qu'à ses ascendans et descendans, pourrait l'être à ses alliés en ligne collatérale, dans les degrés de frères et sœurs, neveux et nièces, lorsque, d'après la même disposition, on ne peut opposer à ceux-ci le défaut de dénonciation. Dans toutes les lois, soit relatives au mariage, soit relatives aux témoins en matière civile et criminelle, les alliés sont toujours placés sur la même ligne que les parens. Pour être admis ou exclus comme eux, il suffit qu'ils soient au même degré. La raison en est aussi sensible que juste, l'alliance les identifie avec la famille » (Locré, tome 10, page 160). Cette observation fut adoptée, puisqu'on substitua dans l'article aux mots *ni à ses alliés en ligne directe*, ces autres expressions proposées par le Tribunat: ni à ses alliés aux mêmes degrés; mais au lieu de les placer à la fin de l'article, comme l'avait demandé la section, on les plaça par inadvertance là où se trouvaient les mots qu'on supprimait. L'erreur est évidente et l'intention qu'a eue le législateur ne peut être équivoque. On doit donc entendre et appliquer l'article comme s'il était rédigé en ces termes : « Le défaut de dénonciation ne peut être opposé aux ascendans et descendans du meurtrier, *ni à ses alliés en ligne di-*

Il répugne à la morale et à l'honnêteté publique d'obliger des personnes unies par les liens d'une parenté aussi étroite, à se dénoncer les unes les autres (*a*).

112. Les fautes étant personnelles, les enfans de l'indigne ne sont pas exclus de la succession pour la faute de leur père, pourvu qu'ils puissent venir à la succession de leur chef et sans le secours de la représentation, car on ne peut représenter une personne vivante; d'ailleurs, la représentation ne peut donner plus de droits que n'en aurait eu le représenté (art. 744) (*b*).

---

*recte*, ni à son époux ou à son épouse, ni à ses frères ou sœurs, ni à ses oncles et tantes, ni à ses neveux et nièces, *ni à ses alliés au même degré*». (*V.* Chabot sur l'art. 728, n° 2; Zachariæ, tome 4, § 593; Delvincourt, tome 2, page 26 et note 7 de la page 26; Duranton, tome 6, n° 110.

(*a*) Mais cette disposition inspirée, comme on le voit, par un motif fort louable, ne va-t-elle pas contre son but? Ecoutons M. Delvincourt: «Voici, dit-il, une objection à laquelle je ne trouve pas de réponse. Un père a deux fils. Il a été assassiné par l'un. Il est prouvé par une réunion de circonstances que l'autre a connu le meurtre. Il ne l'a pas dénoncé. Un collatéral veut le faire déclarer indigne. Comment pourra-t-il repousser l'action sans prouver que le meurtrier est son frère?» Comp. Duranton, t. 6, n° 110.—(*b*) L'art. 730 s'applique-t-il aux enfans de celui qui, se trouvant dans un des cas d'indignité prévus par l'art 727, a prédécédé le défunt? On dit pour l'affirmative que les mots «*et sans le secours de la représentation*» indiquent de la manière la plus claire que le législateur a eu également en vue le prédécès de l'indigne; qu'en effet on ne représente que les personnes qui sont mortes naturellement ou civilement (art. 744); qu'on ne doit rien supposer d'inutile dans la loi, et que cependant les expressions dont il s'agit le seraient incontestablement si l'art. 730 ne devait s'appliquer qu'à la première espèce. On ajoute, en second lieu, que le représentant n'a d'autres droits que ceux qu'aurait eus le représenté (art. 739); qu'ainsi il doit le rapport des libéralités qui auront été faites à ce dernier même dans le cas où il aurait répudié sa succession (art. 848), et que par conséquent les enfans de l'indigne ne peuvent le représenter utilement, puisque s'il eût survécu il n'aurait pu retenir aucune part de la succession: *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.* Ces raisons sont graves, cependant je ne crois pas qu'il soit impossible d'y répondre. L'art. 730 est fondé, comme on le sait, sur ce motif que les fautes étant personnelles, l'indignité qui en est la peine ne doit frapper que le coupable. Or, empêcher les enfans de représenter leur père, c'est évidemment leur infliger une peine qu'ils n'ont point méritée: c'est contrevenir à la fois et à la justice et à l'intention formelle du législateur. D'ailleurs, tant que la personne envers laquelle le délit a été commis a vécu, l'indignité n'a existé qu'en germe. Le prédécès du délinquant l'a empêché de naître. Pour être indigne, il faut nécessairement être héritier, c'est-à-dire exister à l'époque de l'ouverture de la succession (art. 725). Or, dans l'espèce, cette condition a complétement défailli. L'art. 730 ne paraît donc pas s'y appliquer. Sans doute les expressions «et sans le secours de la représentation» paraissent indiquer que l'article suppose le prédécès de celui qui eût pu être déclaré indigne; mais il est permis de croire que ces expressions ne sont qu'une répétition, inutile peut-être, de l'incise, «*venant à la succession de leur chef*» qui les précède. On sait que le langage des lois n'est pas toujours parfait. En tout cas, il vaut mieux supposer dans la loi une inexactitude de rédaction qu'une injustice. En outre, il n'est pas exact de dire avec l'art. 739 que la représentation fait entrer le représentant dans les droits du représenté, puisque celui-ci n'en a jamais eu; en effet, le représentant tient ses droits de la loi et non du représenté (*V.* nos 185 et

Mais le père ne peut, en aucun cas, réclamer sur les biens d'une succession, dont il a été déchu pour cause d'indignité, l'usufruit que la loi accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfans (730).

Si l'indigne était seul héritier, ses enfans pourraient venir de leur chef, parce qu'ils ne se trouveraient pas exclus par des parens plus proches; mais si l'indigne avait des cohéritiers à degrés égaux, ou rapprochés de son degré par la représentation, ses enfans seraient exclus.

113. L'indignité n'est jamais encourue de plein droit; elle doit être prononcée par les tribunaux (*a*) contradictoirement avec l'héritier présent ou dûment appelé. Cette action ne peut être intentée que par le parent qui se trouve habile à succéder, au défaut de l'indigne ou concurremment avec lui (1) : tout autre parent serait sans intérêt, et par conséquent non recevable à former la demande en déclaration d'indignité (*b*).

114. Pendant la litispendance, l'héritier demeure saisi; mais lorsque l'indignité est prononcée, il est tenu de rendre tous les fruits et les revenus dont il a eu la jouissance depuis l'ouverture de la succession (729); car il est au rang des possesseurs de mauvaise foi, même avant la demande. Il doit aussi l'intérêt de toutes les sommes (2) qu'il peut avoir reçues, mais du jour de la demande seulement (1153).

---

186 ci-après); par conséquent la maxime *qui alterius jure utitur eodem jure uti debet* ne lui est pas opposable; enfin l'art. 848 n'est que la reproduction presque littérale des art. 307 de la *Coutume d'Orléans* et 308 de celle de Paris, et cependant Pothier décidait que les enfans de l'indigne qui avaient prédécédé le *de cujus* pouvaient utilement le représenter. *V. Traité des successions*, chap. 2, sect. 1re, art. 1er, § 2. *V.* aussi Bouhier sur la *Coutume de Bourgogne*, chap. 73, nos 71 et suiv.: Duranton, tome 6, nos 130 et suiv. Comp. toutefois Merlin, *Repert.*, vo Représentation, sect. 4. § 6; Delvincourt, tome 2, note 11 de la page 26; Zachariæ, tome 4, § 594, note 11.

(*a*) C'est-à-dire par le tribunal du domicile de l'héritier, si la déclaration d'indignité est formée par action principale. Si, au contraire, elle est poursuivie incidemment à une demande en partage, le Tribunal compétent sera celui du domicile du défunt (*V.* art. 59. C. pr. civ.); Duranton, tome 6, no 116.— (1) Ainsi, un collatéral pourrait faire déclarer indigne le fils unique du défunt. — [Un légataire ou un donataire pourrait aussi provoquer l'indignité de l'héritier à réserve, pour éviter la réduction que celui-ci voudrait leur faire subir. *V.* Duranton, tome 6, no 119; Chabot, art. 727, no 21.—(*b*) Le Code n'ayant point fixé le délai dans lequel l'action en déclaration d'indignité doit être formée, il faut en conclure qu'elle dure trente ans (art. 2262), Duranton, t. 6, no 117.— (2) *Herodes, quos necem testatoris inultam omisisse constiterit, fructus integros cogantur reddere, neque enim bonæ fidei possessores ante controversiam illatam videntur fuisse..... Ex hæreditate autem rerum distractarum, vel à debitoribus acceptæ pecuniæ, post motam litem bonorum usuras inferunt. Quod in fructibus quoque locum habere quos in prædiis hæreditariis inventos, aut exindè perceptos vendiderint, procul dubio est*, liv. 6, tit. 35, leg. 1, *Cod. de his quibus ut indign.* Domat, 2e part., liv. 1, tit. 1, sect. 3, no 12, veut même que les intérêts courent de plein droit avant la de-

115. L'héritier demeurant légalement saisi jusqu'au jugement qui prononce son indignité et qui le déclare déchu de la succession, les ventes qu'il a faites sont valides, pourvu qu'elles aient été faites sans fraude de la part des acquéreurs. On ne peut leur opposer la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, parce que la résolution du droit de l'héritier est fondée sur un fait qui n'est imputable qu'à lui seul, et qui ne peut pas plus préjudicier aux tiers qui ont traité avec lui de bonne foi, que la révocation des donations pour cause d'ingratitude, suivant l'art. 958. La raison de décider est parfaitement la même dans l'un et l'autre cas.

Ainsi, les ventes consenties, même depuis la demande en déchéance (1) formée pour cause d'indignité, seraient valables à l'égard des acquéreurs qui n'auraient point eu et qui n'auraient pu avoir connaissance de la demande; mais l'héritier déchu est obligé de rendre le prix de ces ventes, avec les intérêts du jour de la demande. Il ne pourrait même pas recevoir les sommes qui resteraient dues sur le prix de la vente.

Les hypothèques créées sans fraude doivent également subsister en faveur des tiers, sauf le recours que doit avoir, contre l'héritier déclaré indigne, celui à qui la succession est dévolue.

116. La déchéance prononcée contre l'héritier fait revivre, en sa faveur, tous les droits et actions qu'il avait contre la succession, et qui s'étaient momentanément éteints par la confusion.

Les droits et actions de la succession contre lui revivent également. S'il a payé des créanciers de la succession, il doit lui en être tenu compte; et ceux qui n'auraient pas encore été payés n'ont plus contre lui aucun principe d'action (2).

## CHAPITRE III.

### *Des divers ordres de succéder.*

### NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

117. Avant d'expliquer les dispositions générales du Code sur les successions, il nous paraît nécessaire de rechercher sur quel principe

---

mande; ce qui est contraire à la loi citée et à l'art. 1153 du Code. — [Comp. toutefois Duranton, tome 6, n° 123; Zachariæ, tome 4, § 594; Delvincourt, tome 2, note 10 de la page 26.]

(1) Chabot, sur l'art. 729; le *Nouveau Répertoire*, v° Indignité, n° 1, 5.— [La même décision s'applique aux dispositions à titre gratuit. Duranton, tome 6, n° 127; Zachariæ, tome 4, § 594; *Secùs* Chabot (art. 727, n° 23). — (2) Lebrun, des *Successions*, liv. 3, chap. 9 n° 25.

est fondé le droit de succéder; s'il dépend uniquement des principes du droit politique et civil, et non du droit naturel, comme l'ont avancé des auteurs d'un grand nom; quel principe doit suivre le législateur en réglant l'ordre des successions; quels systèmes de succession étaient suivis en France avant la révolution, tant dans les pays de droit écrit que dans les pays de coutume; quel est celui du Code civil, comment il a été adopté, quel est son esprit.

## § I.

### Quel est le fondement du droit de succéder? Est-il fondé sur le droit naturel?

SOMMAIRE

118. Nécessité des successions dans la société civile.
119. Elles dérivent du droit de premier occupant.
120. Preuve par les anciennes lois romaines.
121. Héritiers siens continuaient leur possession après la mort du père de famille.
122. L'ancien ordre de succéder chez les Romains ne dérive point du prétendu partage des terres fait par Romulus, mais du droit de premier occupant.
123. Le droit des enfans à la succession de leur père et mère vient du droit naturel.
124. Les successions ascendantes dérivent aussi du droit de premier occupant,
125. Ainsi que les successions collatérales.
126. Les lois civiles ne doivent pas renverser l'ordre naturel des successions.

118. Les successions sont fondées sur la nécessité de transmettre les biens et les droits de la génération qui passe à la génération qui suit; transmission qui se fait insensiblement, en mettant certaines personnes dans la place de celles qui meurent, pour succéder à leurs droits, à leurs charges, à leurs engagemens, en un mot, pour les représenter.

Au moyen de cette représentation morale du défunt, ceux qui lui survivent n'éprouvent pas de dérangement notable dans les relations qu'ils ont eues avec lui. L'individu est mort, la personne du débiteur revit dans la personne de l'héritier, qui, en prenant ce titre, est chargé d'acquitter toutes les obligations du défunt qu'il représente.

On aperçoit donc facilement la nécessité de transmettre les biens et les droits d'une génération à l'autre, par un ordre fixe dans la manière de succéder. Mais on n'aperçoit pas aussi clairement quelles sont les règles les plus naturelles et les plus convenables à suivre dans cette transmission, autrement quel est l'ordre des successions le plus naturel ou le plus conforme à la raison.

119. Avant que la propriété eût été rendue permanente par l'établissement de l'état civil, nous avons vu qu'elle ne pouvait s'acquérir

que par l'occupation, qu'elle se conservait par la possession, et se perdait avec elle. Dans cet état de choses, l'homme qui avait vécu isolé, qui avait possédé seul, laissait en mourant ses propriétés vacantes; il n'avait d'autre successeur que le premier occupant.

S'il avait une femme ou des compagnons qui possédaient avec lui, la chose qu'il laissait vacante appartenait, par continuation d'occupation, à la femme, aux enfans ou aux compagnons qui lui survivaient; en un mot, aux membres de la petite société dont il était le chef.

Tel dut être l'ordre des successions avant l'établissement des sociétés civiles : la succession n'était que la continuation de l'occupation ou du droit du premier occupant.

120. C'est de ce principe que paraissent clairement dériver les plus anciennes lois des Romains sur les successions. Les enfans succédaient à leur père, sans distinction de sexe, pourvu qu'ils demeurassent avec lui, et qu'ils n'en eussent pas été séparés par l'émancipation; car en ce dernier cas, ils perdaient leur droit. Les enfans restés avec le père succédaient seuls, parce qu'ils continuaient seuls d'occuper avec lui.

La femme succédait (1) avec eux aux biens de son mari, comme aurait fait une fille; elle succédait seule, s'il n'avait pas laissé d'enfans.

Les enfans adoptifs avaient les mêmes droits que les enfans naturels (2).

Bien plus : les femmes des enfans non émancipés, c'est-à-dire les brus du défunt, succédaient avec les enfans (3).

121. On appelait tous ses héritiers, *héritiers siens*, parce qu'ils étaient en quelque sorte copropriétaires avec le père de famille, même pendant sa vie : il n'était que le chef de la petite société, *princeps familiæ*. Leg. 196, *ff. de V. S.* En vivant avec lui, ils étaient réputés occuper et posséder tout ce qu'il possédait; et, par suite de cette occupation commune, la propriété du père était réputée la propriété des enfans : *Sui hæredes ideò appellantur quia domestici hæredes*

(1) *Uxor enim pudica et marito in omnibus obsequens, æquè ac ille domûs erat domina, et in ejus defuncti bona succedebat hæres, sicut filia in parentis : ex asse quidem, si is sine liberis ac intestatus decederet; quòd si prolem haberet. ex æquo cum liberis.* Dionys Halic., *Antiq. rom.*, liv. 2, page 95, édition de Wechel, 1586. — [Toutefois la femme n'était admise à succéder que lorsque au moment de la mort de son mari, elle se trouvait dans la famille de celui-ci au moyen de la *manus*. Alors, en effet, elle était considérée comme sa fille, *filiæ loco erat*, dit Gaïus, *Comm.* 1er, no 111, et *Comm.* 3, no 3.] — (2) Ulpiani, *Fragm.*, tit. 22, § 14. — (3) Ulp., *ubi suprà;* Caïus, *apud autorem collat.; leg. mos. et rom.*, tit. 6, n° 2; Heinec., *Antiq.*, liv. 3, tit. 1, § 2. — [Cela doit s'entendre seulement des brus, *quæ in manum liberorum defuncti convenerant.* V. la note 1.].

« *sunt, et vivo quoque patre, quodammodò domini existimantur* ». *Inst.* lib. 2. tit. 14, § 2.

Ainsi, en succédant au père, les fils de famille et les héritiers siens n'acquéraient pas une propriété nouvelle; ce n'était pas une nouvelle succession qu'ils recueillaient; ils prenaient la libre administration de leurs anciennes propriétés; ils continuaient d'occuper, comme l'enseigne le jurisconsulte Paul, leg. 11, *ff. de lib. et posth.*, 28, 2 : « *In suis hæredibus evidentiùs apparet continuationem dominii eò rem perducere, ut nulla videatur hæreditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam, vivo patre, quodammodò domini existimantur : undè etiam filius-familias appellatur sicut pater-familias; solâ hâc notâ adjectâ perquam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hæreditatem percipere videntur : sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hâc ex causâ, licet non sint hæredes instituti, domini sunt : nec obstat quod licet eos exhæredare, quod et occidere licebat.* »

L'admission de la femme, celle de la bru, à la succession du père de famille chez lequel elles vivaient en commun, et surtout l'exclusion des enfans émancipés, ne peuvent s'expliquer d'une manière raisonnable que par le droit de l'occupation continuée, considéré comme règle de succession naturelle.

122. Les anciennes lois romaines sur les successions ne dérivent donc point du partage que fit Romulus des terres de son petit état, comme l'a pensé Montesquieu (1); elles ne pouvaient avoir pour objet d'empêcher les biens de passer d'une famille dans une autre famille; car rien n'est plus contraire à ce projet que d'admettre la femme et les brus à la succession du père de famille, que d'exclure les enfans émancipés, et surtout que la faculté de tester, en usage à Rome dès le temps de Romulus (2).

Le droit des enfans à la succession de leurs père et mère est donc fondé sur la nature même, sur le droit du premier occupant, ou plutôt sur l'occupation continuée; droit antérieur à toute société, et qui, comme nous l'avons vu dans le second livre, reçoit une nouvelle force dans l'état civil.

La propriété une fois établie par la culture et par l'industrie, ren-

(1) *Esprit des lois*, liv. 27. — (2) *V.* Denys d'Halicarnasse, *ubi suprà, ac intestatus decederet.* Les lois féodales, qui avaient pour but de conserver les biens dans la famille du premier concessionnaire, afin de conserver au seigneur le droit de retour en cas de vacance, se gardèrent bien d'accorder la faculté de tester. *Nulla ordinatione defuncti in feudo manente vel valente.* Lib. 1, tit. 8, *in princ., de feudis;* Hotman, *feud. Disput.*, cap. 16.

due stable et permanente par la sanction des lois civiles, les enfans ont seuls le droit de succéder à leurs père et mère. Si personne ne peut sans injustice chasser un autre de la maison qu'il occupe, du champ qu'il a mis en culture, personne après sa mort ne peut en chasser ses enfans, qui sont nés dans la maison, qui ont occupé, qui ont cultivé avec lui. Ils continuent la possession de leur auteur, et jouissent par succession du droit (1) de premier occupant.

123. Montesquieu, et ceux qui ont pensé que le droit des enfans à la succession de leurs père et mère n'était pas une conséquence de la loi naturelle, qu'il n'était pas suffisamment établi sur l'obligation que la nature impose aux parens de nourrir leurs enfans, et que les lois politiques ou civiles pouvaient, sans injustice, priver les enfans ou quelques-uns d'entre eux, du droit de succéder à leurs père et mère, n'ont pas fait attention à la conséquence naturelle et nécessaire de l'occupation continuée. Ils n'ont pas réfléchi que, dans la société civile, il ne reste plus rien de vague, dont le premier occupant se puisse emparer, et que tout est approprié.

En donnant le jour à des enfans dans l'état civil, les parens doivent travailler à leur transmettre tous les avantages dont ils jouissent eux-mêmes dans cet état; autrement, les hommes y naîtraient de pire condition que dans l'état de nature, obligés de respecter la propriété de tous les autres, et perdant celle de leurs auteurs (2).

Aussi, toutes les nations civilisées ont regardé les enfans comme les héritiers naturels de leurs père et mère (3); leur droit est considéré comme fondé sur la raison naturelle : « *Cùm ratio naturalis,* « *quasi lex quædam tacita, liberis parentum hæreditatem addice-* « *ret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod,* « *et in jure civili, suorum hæredum nomen eis inductum est, ac ne* « *judicio quidem parentis, nisi meritis de causis summoveri ab eâ* « *successione possunt, æquissimum existimatum est, eo quoque* « *casu, quapropter pœnam parentis aufert bona damnatio, ratio-* « *nem haberi liberorum ne alieno admisso graviorem pœnam lue-*

(1) M. Treilhard, *Exposé des motifs*, tome 4, page 152, édition de Didot, dit fort bien, en parlant de la loi qui établit le droit de succession réciproque entre les pères et les enfans : « La nature avait en quelque sorte établi entre eux une « communauté de biens, et leur succession n'est pour ainsi dire qu'*une jouis-* « *sance continuée.* » M. Siméon, *ibid.*, page 250, dit aussi : « La succession est « une espèce de continuation du domaine du défunt en faveur de ses proches. » — (2) Ceux qui aiment les fictions pourraient dire qu'en entrant dans l'état civil, chaque père de famille stipule pour ses enfans la conservation de leurs propriétés. Ceux qui admettent un contrat social fictif ou présumé ne pourraient le nier raisonnablement. — (3) *Qui egredietur de utero tuo, ipsum habebis hæredem Genes.* 15—4 Rynkershoech, *Obs.*, lib. 2, cap. 1; le sage Domat, *Préface sur les successions.*

« *rent quos nulla contingeret culpa : interdùm in summam egestatem devoluti. Quod cum aliquâ moderatione definiri placuit : ut, qui ad universitatem venturi erant jure successionis, ex eâ portiones concessas* (1) *haberent* ». Leg. 7, *ff. de bon damn.* 48, 20.

124. Le droit des pères et mères à la succession de leurs enfans, et celui des collatéraux à la succession de leurs parens, sont aussi fondés sur la nature. Il nous paraissent originairement dériver du principe de l'occupation, d'où nous avons vu naître le droit héréditaire des enfans.

Chaque famille forme une société naturelle, dont le père est le chef. La femme, les enfans travaillent sous sa direction au bien commun de la société naissante; tout ce qu'ils acquièrent appartient à la société (2). Si l'un des membres vient à décéder, un étranger n'a pas le droit de venir prendre sa place, c'est-à-dire de lui succéder. Tous les biens continuent d'appartenir aux membres qui survivent.

Si c'est le père de famille qui décède, la mère et tous les enfans sans distinction lui succèdent, ou plutôt, comme dit le jurisconsulte Paul, ils prennent la libre administration des biens; ils continuent leur ancienne propriété, en continuant de posséder : voilà le fondement de la succession descendante.

Si l'un des enfans décède avant le père de famille, le droit de celui-ci n'en est pas diminué : il continue d'être le chef de la société, et d'administrer les biens communs.

S'il avait donné à l'un de ses enfans une portion des biens de la société, pour la cultiver séparément, et que cet enfant vînt à décéder sans descendans, cette portion se réunit naturellement aux autres biens, d'où elle n'avait été distraite que pour l'avantage d'un associé décédé. Le père de famille y succède, ou plutôt il reprend son ancienne propriété, qui s'était conservée par la possession de son fils. Voilà le fondement de la succession ascendante; cette portion revient au père avec tous les accroissemens qu'elle peut avoir reçus.

125. Si l'un des enfans s'éloigne pour aller fonder une nouvelle famille, il perd son droit aux biens de la famille qu'il quitte, parce qu'il cesse de posséder; et voilà pourquoi les anciennes lois de Rome excluaient les enfans émancipés; voilà pourquoi encore, en remontant à la naissance de nos coutumes, on trouve que les enfans demeurés

(1) Cette disposition a été suivie dans l'art. 38 du Code des délits et des peines, qui ordonne que la confiscation générale demeure grevée de l'obligation de fournir aux enfans ou autres descendans une moitié de la portion dont le père n'aurait pu les priver. Mais la Charte a supprimé la confiscation, art. 66. — (2) De là vient que, dans l'ancien droit romain, tout ce que les enfans acquéraient, de quelque manière que ce fût, appartenait au père.

en *celle* (1) ou dans la maison du père, succédaient seuls au père et à la mère de famille.

Si, après la mort du père, les enfans continuent de vivre en commun, il est encore évident que ceux qui survivent succèdent à ceux qui décèdent, par continuation de leur ancienne possession.

Si, au lieu de vivre en commun, ils séparent le patrimoine de la famille, pour demeurer les uns auprès des autres et former des familles nouvelles, les familles de frères ne deviennent pas étrangères les unes aux autres; elles demeurent unies par les liens du sang et par le voisinage; elles continuent de former une société moins intime que la primitive, mais qui a néanmoins des intérêts communs pour s'entr'aider ou se défendre; elles forment une peuplade qui n'a plus qu'un pas à faire pour arriver à l'état civil. Le territoire occupé par des familles qui la composent appartient à toute la peuplade, quoique chaque famille en cultive séparément une portion. Si l'un des frères décède, ses enfans et sa femme conservent sa place. S'il n'a ni femme ni enfans, un étranger n'a pas le droit de venir l'occuper pour s'établir au milieu de la société naissante, sans l'agrément de tous les membres. La portion du territoire laissée vacante par le frère décédé, appartient donc naturellement aux autres frères ou à leurs enfans, par droit d'accroissement, comme une suite de leur ancienne possession continuée dans la personne de leur frère.

Si l'auteur commun, c'est-à-dire le père de famille, avait eu un enfant de moins, s'il n'avait pas donné le jour au frère décédé, les autres auraient recueilli ce qui a fait sa portion. Après sa mort, ils recueillent cette portion au même titre, et la partagent de la même manière que s'ils l'avaient trouvée dans la succession de leur auteur. Ce n'est point, à proprement parler, une succession collatérale; c'est une succession directe dont la filiation est le titre; c'est une portion de la succession de leur père, qu'ils partagent une seconde fois.

Il nous paraît que tels sont l'origine et le fondement des successions qu'on appelle *collatérales*, dont nous croyons voir le principe établi dans le droit naturel, antérieurement aux lois civiles.

126. L'état civil, ou la grande famille de l'État, se forme par la réunion des familles sous la direction d'un chef commun. Mais en entrant dans l'état civil, les individus ni les familles ne perdent point les droits qu'ils avaient avant d'y entrer. La société n'est pas établie pour anéantir nos droits naturels, mais pour en régler l'usage, pour en assurer l'exercice par une garantie nouvelle.

(1) *Celle*, vieux mot français dérivé de *cella, cellula*, cabane, maison. V. le *Glossaire* de Delaurière, v° Celle; Desmares, *décis.* 236.

Les droits de succession réciproque entre parens attachés à l'état de famille, avant l'établissement de la société, ne doivent donc, en y entrant, recevoir aucune atteinte; ils n'en doivent devenir que plus fixes et plus assurés par la sanction des lois civiles (1).

## § II.

### Quel principe doit suivre la loi civile, en réglant l'ordre des successions.

SOMMAIRE.

127. Nécessité de fixer les conséquences du droit naturel.
128. Si l'ordre des successions doit être réglé sur la volonté présumée du défunt. Opinions de Grotius et de Puffendorf.
129. Il doit l'être sur les devoirs d'u défunt plutôt que sur ses affections.

127. Mais s'il existe un ordre de succéder fondé sur le droit naturel; si la raison nous démontre qu'il serait injuste d'ôter aux enfans, aux pères et mères, aux frères et aux sœurs, aux oncles et aux neveux, le droit de succession réciproque qu'ils tiennent de la nature, les familles sont exposées, dans la société civile, à devenir tellement dispersées, leurs relations, leurs intérêts y deviennent si compliqués, que les principes qui règlent l'ordre des successions dans les mœurs simples du premier âge de la société, sont insuffisans lorsque les degrés de parenté s'éloignent. D'ailleurs, il est nécessaire de fixer, par des règles constantes, les conséquences du droit naturel, difficiles à saisir dans les détails.

Ces règles sont du ressort du droit civil. Les publicistes ont donc recherché quel principe doit suivre le législateur, pour ne point s'égarer en établissant l'ordre des successions.

128. Grotius (2) a prétendu que le droit de succéder doit être

(1) La doctrine de Montesquieu, qui ne veut dériver le droit de succéder que des lois civiles, et qui le fonde uniquement sur la raison d'état, nous paraît dangereuse et subversive du droit de propriété. Elle n'est propre qu'à justifier les écarts du despote le plus bizarre, puisque l'ordre des successions n'ayant plus de type ou de modèle dans le droit naturel, il n'y a plus de juste en ce genre que la volonté arbitraire de celui qui fait la loi. Cette fausse doctrine a conduit cet auteur célèbre à trouver juste jusqu'aux règlemens barbares des Visigoths, qui admettaient le fisc à la succession des pères et mères en concurrence avec les filles, ceux qui excluent les filles pour donner tout aux mâles, et les puînés pour donner tout aux aînés. *Esprit des lois*, liv. 26, chap. 6. Il reprend aigrement Marculfe, pour avoir traité d'impie la coutume qui prive les filles de la succession de leurs pères. La raison a repris son empire dans la discussion au Conseil d'état, et M. Treilhard, son orateur, dit fort bien, *Exposé des motifs*, tome 4, page 159, que « la loi qui exclurait la représentation en ligne « directe descendante, serait une *loi impie et contre nature.* » Mais Montesquieu favorisait les priviléges de la noblesse et les partages inégaux.— (2) *Droit de la guerre et de la paix*, liv. 2, chap. 7, § 3. *V.* aussi Heinec., *Prælect. in* Grotium, tome 9, *opp.*, pages 224 et suiv.; *Prælect. in* Puffendorf, *de Offic. hom et civ.*, tome 9, page 133, et Heinec., *de Jur. nat.*, liv. 1, § 295.

fondé sur la volonté présumée du défunt. Il partait du faux principe qu'il avait avancé (1), que la faculté de tester ou d'instituer un héritier est de droit naturel (2). Toute transmission de propriété dépend, suivant lui, de la volonté de l'homme.

La volonté est expresse dans les contrats et les testamens; elle est présumée dans les successions *ab intestat*, parce que le défunt n'ayant pas prétendu laisser après sa mort ses biens au premier occupant, ni au fisc, ils doivent naturellement appartenir à celui à qui il y a plus d'apparence que le défunt voulait qu'ils appartinssent après sa mort.

Mais à la manière dont cet auteur célèbre développe cette pensée, on voit qu'il fonde le droit de succession moins sur la volonté réelle du défunt, que sur ce qu'il doit vouloir, sur son devoir plutôt que sur ses affections (3).

Ainsi, dans cette matière, comme le dit Puffendorf (4), la volonté du défunt est moins présumée *telle qu'elle a été*, *que telle qu'elle devait être*, conformément aux devoirs de l'homme : d'où il résulte, en suivant la pensée de ces savans publicistes, qu'il y a, relativement à la transmission des biens du défunt après sa mort, des principes de justice à suivre indépendamment de sa volonté. Un législateur sage doit sans doute considérer les différens degrés d'affection du défunt; mais il n'en faut pas conclure, comme l'ont fait quelques auteurs qui ont écrit sur le Code, que la loi n'a d'autre office à remplir que de suppléer la volonté de l'homme, mort sans l'avoir exprimée : c'est asservir le législateur à la volonté des particuliers, tandis qu'il doit commander à leurs actions, régler les actes de leur volonté et en réprimer les écarts.

Si la loi n'avait qu'à suppléer la volonté de l'homme qui meurt sans l'avoir exprimée, elle ne pourrait limiter la faculté de disposer, réduire les donations excessives, ni annuler celles qui ont pour fondement des affections désordonnées. Ce ne sont donc pas les affections ou la volonté présumée du défunt que le législateur doit prendre pour règle; c'est sa volonté telle qu'elle devait être, sa volonté conforme à son devoir.

129. C'est donc, en dernière analyse, sur les devoirs du défunt, plutôt que sur ses affections, que doit être réglé l'ordre des successions. Si les biens doivent acquitter les dettes du défunt, ils ne doi-

(1) Liv. 2, chap. 6. § 13. — (2) Nous prouverons la fausseté de ce principe, en parlant des testamens dans le titre suivant.— (3) Dans le doute, dit Grotius, chacun est censé avoir voulu ce qui est le plus juste et le plus honnête, *Ubi supra* — (4, *Droit de la nature*, tome 2, page 344, de la traduction de Barbeyrac, 1740.

vent pas moins acquitter tous ses autres devoirs de justice, de reconnaissance et même de bienfaisance.

Voilà le principe qui doit guider le législateur, et dont il ne doit pas s'écarter sans les motifs les plus pressans. Remarquons ici que les réserves établies en faveur des descendans et des ascendans, sont une reconnaissance du législateur qu'ils ont des droits naturels à la succession les uns des autres.

## § III.

### Quel était autrefois le système de succession suivi en France, dans les pays de droit écrit.

SOMMAIRE.

130. Deux systèmes de succession autrefois en France.
131. Dans les pays de droit écrit, on suivait la Novelle 118. Analyse de cette loi.

130. Deux systèmes de succession partageaient la France avant la révolution; celui des pays de droit écrit, et celui des coutumes originairement dérivé du droit féodal, mais modifié de mille manières différentes, quoiqu'il existât quelques principes communs à toutes les coutumes.

131. Dans les pays de droit écrit, on suivait le système de succession établi par Justinien dans la Novelle 118. Cette loi ne considérait, pour la transmission des biens, que les rapports de parenté entre le défunt et l'habile à succéder. Elle ne considérait ni la nature ni l'origine des biens; elle ne donnait aucune préférence ni au sexe ni à la primogéniture; elle n'affectait point certains biens aux parens de la ligne paternelle, plutôt qu'à ceux de la ligne maternelle. Tous ceux que possédait le défunt, meubles ou immeubles, ne formaient qu'une seule masse, une seule hérédité, un seul patrimoine, soit qu'il les eût acquis à titre singulier, soit qu'il les eût recueillis à titre universel, soit qu'ils fussent provenus des successions de son père ou de son aïeul, de celles de sa mère ou de son aïeule, ou de parens collatéraux. Aussitôt que ces biens étaient parvenus au défunt, ils cessaient d'être paternels ou maternels, et se confondaient de manière que leur ancienne origine était tout à fait oubliée ou mise à l'écart (1). La masse de tous ces biens, tant meubles qu'immeubles, était déférée en entier, d'abord aux enfans et descendans du défunt; à défaut de descendans à ses ascendans, entre lesquels le plus proche, soit paternel, soit maternel, sans distinction de sexe ni de ligne (2), excluait le plus éloigné.

(1) Heineccius, *Recit. in instit.*, § 760. — (2) *Si autem plurimi ascendentium* 6.

Seulement, en cas de concours entre les aïeuls paternels et les maternels, c'est-à-dire entre ascendans au même degré, mais de lignes différentes, la succession se partageait par moitié entre les deux lignes, et un ascendant qui se trouvait seul dans une ligne, prenait autant que plusieurs ascendans qui se trouvaient dans l'autre (1).

Les frères germains concouraient avec les ascendans, et partageaient avec eux la succession par têtes.

A défaut de descendans et d'ascendans du défunt, ses frères et sœurs germains et leurs enfans lui succédaient, exclusivement aux frères et sœurs consanguins ou utérins.

A défaut de frères germains ou d'enfans issus de frères ou sœurs germains du défunt, ses frères et sœurs consanguins et utérins lui succédaient et partageaient également la succession, sans avoir égard à l'origine des biens paternels ou maternels (*a*).

Enfin, à défaut de frères et sœurs du défunt (*b*), sa succession était dévolue en entier au plus proche parent collatéral, paternel ou maternel, homme ou femme, soit qu'il fût uni au défunt par le double lien de la parenté, soit qu'il ne fût que son parent consanguin ou utérin. Le privilége du double lien ne s'étendait pas au-delà des frères et sœurs germains et de leurs enfans (2).

## § IV.

### Quel était le système de succession suivi dans les pays coutumiers, et de la règle *paterna paternis*, etc.

SOMMAIRE.

132. De la règle *paterna paternis*, etc.
133. Des propres et des acquêts.
134. Division des meubles et des acquêts entre les lignes.
135. Embarras et complication de ce système.
136. Il prenait sa source dans le droit féodal.
137. Mais il perpétuait les familles, et l'affectation des biens aux familles dont ils viennent était un droit de retour dérivé du droit naturel.

132. Le mode de succéder établie par Justinien était très simple; il était suivi dans les pays de droit écrit. Au contraire, les coutumes, en France, et dans une grande partie de l'Europe, avaient suivi des principes tout différens. On y avait admis pour maxime fondamentale que les biens doivent toujours retourner d'où ils sont venus. C'est ce qu'on exprimait par la règle si connue *paterna paternis*, *materna*

*vivunt, hos præponi jubemus, qui proximi gradûs reperiuntur, masculos et fœminas, sive paterni, sive materni sint. Nov.* 118, *cap.* 2.

(1) *Ibid.* — (*a*) Il convient de faire observer que la représentation était aussi admise en faveur des enfans des frères et sœurs consanguins et utérins. — (*b*) Ajoutez : et de descendans d'eux. — (2) *Nov.* 118, *cap.* 3; Heineccius, *Elem. jur. civ.*, § 760.

*maternis* (1) diversement interprétée dans les différentes coutumes, et suivie en Bretagne dans toute son étendue (2).

133. Ainsi, les biens étaient spécialement affectés à la famille d'où ils étaient provenus, soit du côté du père, de l'aïeul, etc., soit du côté de la mère, de l'aïeule, etc. On distinguait les biens en propres et en acquêts. Une succession formait différens patrimoines; une seule personne pouvait avoir plusieurs sortes d'héritiers. On comptait presque autant de successions que de natures de biens. Un mourant laissait un héritier des meubles et acquêts, un héritier des propres paternels, un autre des propres maternels; et pour connaître ceux qui devaient recueillir les propres, on remontait jusqu'au plus ancien auteur commun d'où ils étaient originairement provenus. Un parent collatéral, souvent très éloigné et inconnu du défunt, recueillait les biens de préférence à son père ou à sa mère, suivant la maxime *propres ne remontent point* (3), qui, comme la maxime *paterna paternis*, dérivait du droit féodal.

134. Les meubles et les acquêts se divisaient ordinairement entre les deux lignes, et se subdivisaient à l'infini entre les différentes branches ou estoc de chaque ligne : car la règle *paterna paternis, materna maternis*, avait fait introduire dans plusieurs coutumes la représentation à l'infini, en ligne collatérale comme en ligne directe.

135. De ces maximes, auxquelles il faut ajouter la distinction des biens en nobles et en roturiers, les droits de primogéniture, ceux de masculinité, propres fictifs, etc., était résulté un système de succession, le plus embrouillé qu'il soit possible d'imaginer. Ce système avait des variétés infinies dans ses détails, en sorte que les lois sur les successions n'étaient point les mêmes sous les différentes coutumes, ni même sous l'étendue de chaque coutume générale.

136. La plupart de ces règles prenaient leur source dans le droit féodal, suivant lequel on ne pouvait succéder, à moins qu'on ne fût descendu de celui à qui le fief avait été originairement concédé (4), parce que la succession ou l'investiture n'était faite ou n'était censé avoir été faite que pour lui et ses descendans : *sibi suisque descendentibus* (5).

---

(1) *V.* Loisel, liv. 2, tit. 5, reg. 12, 16 et suiv., et *ibi* Delaurière; Guiné, Traité de la règle *paterna paternis*, page 243: Recherches sur l'origine de la règle *représentation a lieu à l'infini*, pages 5, 8, etc.; Blackstone, book 2, chap. 14, édition in-8°, Londres, 1783. — (2) Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 4, page 51. — (3) *V.* Delaurière, sur Paris, art. 812; Loisel, liv. 2, tit. 5, reg. 16, et *ibi* Delaurière, Littleton, page 13, étend cette maxime aux acquêts. *V.* la note de Houard, page 14, *successio feudi talis est ut ascendentes non succedant*. — (4) *V.* Blackstone, tome 2, pages 220 et 235; Guiné, *ubi supra*, page 246, et ce que dit Hotman, de la *Succession féodale*, opp. tome 2, pages 843 et suiv., *feud. Disput., cap.* 16 et 17. — (5) Voilà d'où vient la règle *propres ne remontent point*

A défaut de descendans du premier concessionnaire, le fief retournait au seigneur.

137. Quelque embarrassé que fût le système de succession adopté par les coutumes, il avait le grand avantage de conserver les biens dans les familles d'où ils étaient venus; il perpétuait les familles (1), en maintenant les membres qui les composent dans l'aisance nécessaire pour s'entr'aider, et pour donner à leurs enfans une éducation libérale. C'était le vœu des anciens législateurs, c'était celui de nos coutumes, c'est celui de tous les bons pères de famille, enfin c'est un désir naturel et louable (2), quand il est contenu dans de justes bornes; et si l'affectation des biens aux familles d'où ils sont provenus dérivait du droit féodal, on peut dire que le droit féodal avait trouvé le principe de cette institution dans le droit naturel. Si mon frère n'avait pas existé, j'aurais seul recueilli la succession de mon père; il est juste, sans doute, que mon frère la partage avec moi. Tout doit être égal entre nous; la nature ne connaît point de droits de primogéniture. Mais, si mon frère vient à mourir sans enfans, n'est-il pas juste que la portion qu'il avait recueillie dans les biens de notre père commun me revienne par droit de retour? Si mon frère n'était pas né, ou s'il était mort avant mon père, j'aurais recueilli ceux qui ont fait sa portion. En les reprenant après sa mort, ce n'est pas une succession collatérale que je recueille, c'est une portion de la succession de *mon* père qui me revient, c'est un véritable droit de retour, ainsi que le qualifiaient les anciens auteurs, observateurs si profonds de la nature : *Lege redeunt hæreditates*. C'est l'expression consacrée par les jurisconsultes et par les auteurs classiques les plus jaloux de la propriété des mots (3).

Si mon frère laisse un enfant qui décède sans postérité, n'est-il pas juste encore que les biens que son père avait partagés avec moi dans la succession de notre auteur commun, me reviennent par le même droit de retour, plutôt que de les donner à une famille étran-

(1) Il ne faut pas étendre ceci aux droits de primogéniture et de masculinité, qui ne tendent qu'à maintenir quelques individus de la famille exclusivement aux autres membres; c'est alors plutôt le nom que la famille qu'on veut conserver. Ces droits sont fondés sur l'orgueil ou sur l'obligation de suivre le seigneur à la guerre, au lieu que la maxime *paterna paternis*, contenue dans de justes limites, et dégagée des droits de primogéniture et de masculinité, paraît dériver du droit naturel. — (2) *V.* Treilhard, *Exposé des motifs*, tome 4, page 156, Siméon, *ibid.*, page 236, édition de Didot.— (3) Heinec., *Antiq.*, *lib.* 3, *tit.* 1, § 1, *et tit* 6: le *Vocabulaire de* Vicat, vo Redire, et les lois qu'il cite. Les anciennes coutumes d'Allemagne appellent aussi cette espèce de succession *rückfall*, droit de retour ou de *rechute*, *jus recadentiæ*. *V. Recherches sur l'origine de la règle: représentation a lieu à l'infini*, Strasbourg, 1767, page 9. Maleville, ennemi déclaré de l'institution des propres, les considère néanmoins comme un droit de retour, tome 2, pages 182, 183 et 184.

gère, qui n'a point à se plaindre, puisqu'elle doit recueillir les biens de la femme, comme je recueille ceux du mari? Il ne reste à partager entre les deux familles que les biens qui sont le fruit de la collaboration commune du mari et de la femme, et ceux que le suppôt commun des deux familles pourrait avoir lui-même acquis par son industrie.

## § V.

### De l'ordre de succéder adopté par la loi du 17 nivôse an II.

SOMMAIRE.

138. Cette loi proscrivit la règle *paterna paternis*, et pourquoi.
139. Elle conserva la préférence aux collatéraux descendus des ascendans les plus proches du défunt.
140. Elle admit la représentation à l'infini en collatérale, pour diviser les biens et affaiblir le crédit des familles riches.

138. Le principe de la distinction des biens propres à chaque famille paraît donc conforme à la raison et à la nature; il est fondé sur l'équité, dit fort bien M. Siméon (1).

La loi du 17 nivôse an II proscrivit cette distinction, qu'on regardait comme dérivée du droit féodal, et qui tendait d'ailleurs à maintenir et conserver les familles. L'esprit du temps était entièrement opposé à cette conservation : on établit donc en principe que la loi ne reconnaissait (art. 62) aucune différence dans la nature des biens et dans leur origine, pour en régler la transmission. Tous les biens du défunt ne formaient plus qu'un seul patrimoine, qui devait être divisé par moitié entre les lignes paternelle et maternelle.

139. Ainsi, fut abrogée la règle *paterna paternis*, etc. Cette loi conserva néanmoins une maxime dérivée de l'esprit de famille; elle ordonna (art. 77) que les collatéraux qui descendent des ascendans les plus proches du défunt excluraient ceux qui descendent des ascendans plus éloignés. Ainsi, les biens ne pouvaient passer aux parens issus de l'aïeul du défunt, tandis qu'il restait des parens issus de son père, ni aux parens issus de bisaïeul, tandis qu'il existait des descendans de l'aïeul; en sorte que le neveu était préféré à l'oncle du défunt, quoiqu'en égal degré; le cousin-germain au grand-oncle, aussi quoiqu'en égal degré; le cousin issu de germain au même grand-oncle, quoique placé dans un degré plus éloigné : la succession ne pouvait passer à la famille supérieure, tandis qu'il existait des membres de la famille inférieure (2).

140. Mais on avait lié cette disposition conservatrice des familles à une autre disposition, qui en détruisait les effets par des morcelle-

(1) *Exposé des motifs*, tome 4, page 236, édition de Didot. — (2) Ce qui est fondé sur la raison. *V.* Wolf, 7e part., § 1034, et la note.

mens sans fin (1) dans le partage des biens qu'on subdivisait en toutes les branches, en vertu de la représentation qui fut admise à l'infini, même en collatérale. L'esprit de cette loi était de niveler les fortunes, de diviser les propriétés entre le plus grand nombre possible d'individus, afin d'affaiblir le crédit des riches, et de diminuer l'influence des familles puissantes.

## § VI.

### Du projet de Code et de sa discussion au Conseil d'état.

SOMMAIRE.

141. Il proscrit aussi la règle *paterna paternis*, et les propres.
142. Il admet le partage de tous les biens entre les deux familles du défunt.
143. Il rejette la représentation infinie en collatérale, et la préférence donnée aux collatéraux descendus du tronc commun le plus proche.
144. Proposition de rétablir la règle *paterna paternis*, avec modification.
145. Rejetée, et pourquoi.
146. Le principe de la division des biens entre les deux familles examiné.
147. Comparaison de ce système avec le droit de Justinien, le droit coutumier et la loi du 17 nivôse an II.
148. Le système adopté par le Code a-t-il un but et un esprit qui lui soient propres?

141. Les rédacteurs du projet de Code adoptèrent la disposition de la loi du 17 nivôse, qui proscrivait la distinction des propres, ou la règle *paterna paternis, etc.*

142. Ils en adoptèrent également la disposition qui affectait une moitié de la succession aux parens de la ligne paternelle, et l'autre moitié aux parens de la ligne maternelle. Ils regardèrent cette disposition comme un moyen terme (2) propre à concilier les principes du droit romain et ceux des coutumes.

143. Mais ils rejetèrent comme une source de litige la représentation à l'infini en ligne collatérale, ils rejetèrent également la disposition en vertu de laquelle les parens qui descendent des ascendans les plus proches du défunt, excluaient ceux qui descendent des ascendans plus éloignés (3). Quoique cette disposition soit une conséquence de l'esprit de famille, que les rédacteurs du projet annonçaient avoir pour objet de propager (4), il semble qu'ils la regardèrent comme liée à la repré-

(1) Dans la séance du 25 frimaire an XI, M. Cambacérès, en proposant de rétablir la règle *paterna paternis*, ajoutait : « Ce serait s'écarter de la loi du 17 ni« vôse; mais on sait que cette loi fut faite dans un *esprit de morcellement*, etc., » page 244 du Procès-Verbal des séances. — (2) Siméon, *ubi suprà*. — (3) Ils la conservèrent seulement, comme nous le dirons dans la suite, en faveur des frères consanguins ou utérins, qui, à défaut d'autres frères et sœurs, excluent les parens de l'autre ligne descendus d'un ascendant comme plus éloigné. — 4) « Notre objet, disaient-ils, a été de lier les mœurs aux lois, *et de propager l'esprit de famille*, qui est si favorable, quoi qu'on en dise, à l'esprit de cité.» *Discours préliminaire sur le projet de Code.*

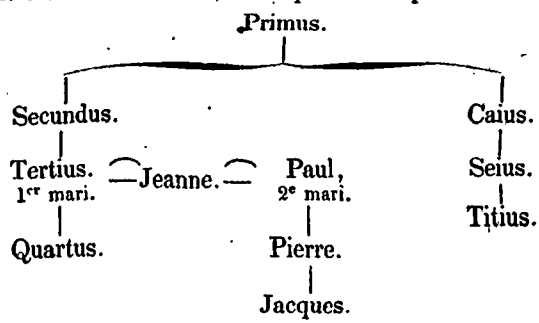
sentation à l'infini, sans laquelle néanmoins elle peut fort bien subsister.

144. Quand le projet de Code fut discuté en présence du Conseil d'état, MM. Cambacérès et Bigot de Préameneu proposèrent de rétablir la règle *paterna paternis*, mais en restreignant ses effets à des degrés assez proches pour que l'origine des biens ne fût enveloppée d'aucune incertitude; par exemple, au degré de cousin issu de germain. Ils ajoutèrent que la règle, resserrée dans ces limites, aurait rempli le vœu général.

M. Cambacérès, qui avait concouru à la formation de la loi du 17 nivôse an II, convenait que c'eût été s'en écarter que de rétablir la règle *paterna paternis;* mais il répondait que cette loi avait été faite dans un esprit de morcellement; et, en effet, l'esprit qui régnait en l'an II, et qui dicta la loi du 17 nivôse, loin de tendre à maintenir et à conserver les familles, avait pour objet de les affaiblir et de diminuer leur influence, ainsi que celle des pères de famille.

145. M. Berlier combattit la proposition de MM. Cambacérès et Bigot, par des raisons qui nous paraissent loin d'être décisives (1).

(1) Pour entendre ces raisons, il faut poser une espèce :




Tertius épouse Jeanne, dont il a un fils nommé Quartus. Tertius meurt, laissant à son fils de grands biens provenus de la succession de son aïeul Primus. Jeanne, devenue veuve, épouse Paul; de ce mariage naît Pierre, qui meurt laissant Jacques, son fils, seul héritier. Quartus meurt. Suivant la règle *paterna paternis*, ses biens *avitins*, c'est-à-dire provenus de son bisaïeul Primus, reviendront à Titius, son cousin issu de germain, de préférence à Jacques, son neveu, et même à Pierre, son frère utérin. M. Berlier trouvait cette disposition injuste. Mais où est l'injustice? Si, dans les principes du Code, la loi peut, sans injustice, permettre à Quartus de donner tous ses biens, sans en rien réserver à ses frères, même germains, elle peut, avec plus de raison, ce semble, faire passer les biens *avitins* de Quartus à Titius, son cousin issu de germain, de préférence à Pierre, son frère utérin, puisque ces biens sont provenus de la succession de Primus, son bisaïeul, dans laquelle Tertius, père du défunt, les avait partagés avec Seius, père de Titius; partage qui avait diminué la portion de Seius. Ces biens reviennent au fils de ce dernier, par un droit de retour d'autant moins injuste, que tous les biens maternels retournent aux héritiers

Cependant elles prévalurent. Le rétablissement de la règle *paterna paternis* était vivement combattu, d'un côté par les partisans du droit de Justinien, auquel les provinces méridionales étaient fort attachées; d'un autre côté, on craignait de contrarier l'esprit qui avait dicté la loi du 17 nivôse an II. Nous étions alors, comme l'observe M. Maleville, « dans un état amphibie, qui laissait beaucoup d'in-« certitude sur l'espèce de gouvernement qui serait définitivement « adopté. Chacun opinait donc, sans dire trop ouvertement ses mo-« tifs ultérieurs, d'après la forme qu'il jugeait la meilleure. Il est « probable que si le Code avait été fait plus tard, les lois auraient « pris, sur ces grandes questions, une marche plus assurée (1). »

146. C'est sans doute à cette marche incertaine du législateur, à cette situation douteuse où se trouvaient les esprits, qu'est due l'adoption du principe de la division de tous les biens du défunt entre ses deux lignes de parenté, dans les successions déférées aux ascendans et aux collatéraux; principe que l'on considéra comme un terme moyen, propre à concilier les deux systèmes de successions tout à fait opposés, entre lesquels la France était partagée; et cependant ce principe, loin de les mettre en accord, se trouve avoir les inconvéniens reprochés à chacun de ces deux systèmes, sans avoir les avantages d'aucun des deux. On crut pouvoir concilier le vœu de la nature, qui semble appeler les parens les plus proches, avec l'intérêt des deux familles dont le défunt tirait son origine (2), et l'on se mit également en opposition avec le vœu de la nature et avec le vœu de la conservation des biens dans les familles. On n'aperçoit, dans ce point de la législation nouvelle, que la marche incertaine d'un législateur timide, qui craint de se prononcer entre deux partis opposés, et qui, au lieu de leur commander ce qui était le plus convenable, s'est réduit à faire entre eux une transaction par laquelle il n'a satisfait personne, et dans laquelle on ne voit point d'esprit qui lui soit propre.

147. Le droit de Justinien, observé dans une partie de la France,

---

de la ligne maternelle. S'il est injuste que la loi préfère un cousin issu de germain du défunt à un parent plus proche, qu'elle donne tout à l'un et rien à l'autre, la disposition du Code, qui donne la moitié des biens du défunt à un parent au huitième et au neuvième degré, de préférence à un oncle, ou même à un père et à une mère, est-elle plus juste? Elle contient au moins, dans le sens de M. Berlier, et suivant le droit romain, une demi-injustice, qui n'est pas, comme dans le cas de la règle *paterna paternis*, sauvée par le droit de retour. Ainsi, la raison de M. Berlier ne combat pas seulement cette règle, elle combat également le système adopté par le Code, de diviser toujours les biens entre les deux lignes; division à laquelle on reprocha, non sans raison, de donner, contre le vœu de la nature, contre celui de la conservation des biens dans les familles, et contre l'affection présumée du défunt, la moitié de tous ses biens au parent le plus éloigné, de préférence à ses oncles et à ses ascendans.

(1) Tome 2, page 170.—(2) Treilhard *Exposé des motifs*, page 157, édition de Didot.

avait en sa faveur son ancienneté, une grande simplicité et l'avantage de transmettre tous les biens du défunt à celui de ses parens collatéraux qui était le plus proche en degré. Il avait le grand désavantage de faire sortir les biens des familles pour les faire passer dans une famille étrangère; mais du moins le but et la marche de cette loi étaient uniformes : transmission de tous les biens au parent le plus proche en degré.

Le droit coutumier avait un but très louable et très politique, celui de conserver les familles. Ce but était rempli par la règle *paterna paternis*, etc., qui affectait aux membres de chaque famille les biens qui en étaient provenus, de préférence aux autres parens du défunt; règle dont l'équité était tellement sentie, que les rédacteurs du Code même lui rendirent hommage, en se croyant obligés, comme dit M. Siméon (1), de donner une indemnité aux parens paternels et maternels, à chacun desquels ils enlevaient les biens provenus de leur famille.

Cette règle, à laquelle le droit coutumier n'avait point mis de bornes, avait l'inconvénient de transmettre quelquefois les biens à des parens éloignés, souvent même inconnus du défunt, de préférence à ses parens plus proches, à ses frères ou sœurs consanguins ou utérins, et même à son père ou à sa mère, ou autre ascendant. La modification proposée par M. Bigot aurait prévenu cet inconvénient.

La loi du 17 nivôse an II marchait d'un pas ferme et droit au but que se proposait l'esprit du temps : niveler les fortunes, morceler les biens pour empêcher les richesses de s'accumuler dans une même famille, affaiblir les familles opulentes pour diminuer leur influence.

148. Le système adopté par le Code a le défaut de n'avoir aucun but déterminé, aucun esprit qui lui soit propre, et de réunir les inconvéniens reprochés aux deux premiers, sans présenter aucun de leurs avantages.

Il ne conserve point les biens dans les familles, comme le droit coutumier; il les en fait sortir, comme le droit de Justinien.

Il n'a pas, comme ce dernier droit, l'avantage de faire passer tous les biens au plus proche parent; il en donne une moitié aux parens de l'autre ligne, quelque éloignés qu'ils soient, quoique inconnus peut-être au défunt, de préférence à ses parens les plus proches de

(1) *Exposé des motifs*, page 236, édition de Didot. M. Maleville dit aussi : « On crut devoir déférer à l'idée dominante des coutumes de conserver les « biens dans les familles, en partageant toute succession dévolue à des ascen- « dans ou à des collatéraux en deux parties égales, l'une pour la branche pa- « ternelle, l'autre pour la branche maternelle. *Ce fut une espèce de transac- « tion*, etc. »

l'autre ligne, et même à son père ou à sa mère, et à ses ascendans.

Ainsi, comme l'a très bien observé M. Maleville (1), on s'est écarté, dès le premier pas, de la règle qu'on se proposait d'établir, que les successions devaient se déférer selon l'ordre de la nature et l'affection présumée du défunt.

## § VII.

**Si le droit de Justinien et le Code civil, en établissant les différens droits de succéder, ont suivi pour règle l'affection présumée du défunt.**

SOMMAIRE.

149. Où cette idée a été puisée.
150. La Novelle 118 n'a point suivi pour règle l'affection présumée du défunt.
151. Non plus que le Code civil. Preuves.
152. Nouvelles preuves.

149. On a cependant prétendu que le Code civil avait, dans les différens ordres de succéder, suivi pour règle l'affection présumée du défunt.

Cette idée semble avoir été puisée dans les écrits très répandus de quelques *jurisconsultes* célèbres (2), qui, préoccupés de l'idée de Grotius, que nous avons examinée dans le § 2, et qui trouvant, dans la Novelle 118 (d'où ont été tirées plusieurs dispositions du Code), trois ordres de succéder,

1° Celui des descendans;
2° Celui des ascendans;
3° Celui des collatéraux,

Crurent apercevoir dans ces trois degrés une conformité suivie avec les principes de la philosophie (3) d'Aristote, lequel observe que l'affection commence par descendre, c'est-à-dire que nos enfans nous sont plus chers que tout le reste de notre famille; qu'à défaut de descendans, elle s'étend aux collatéraux.

150. Un jurisconsulte philosophe, quoique érudit, Bynkershœck (4), démontra que ce principe de l'affection présumée du défunt, donné pour fondement aux successions *ab intestat*, n'était

(1) P. 185. — (2) *V.* Huberus, *in Inst.*, lib. 3, *de succ. ab int. sec. Nov.* 118. — (3) Heineccius, *in Instit.*, § 941 *et seq.* — (4) *Observ.*, lib. 2, cap. 1. Barbeyrac, dans une note sur Puffendorf, *Droit de la nature et des gens*, liv. 4, chap. 11, § 2, croit réfuter Bynkershœck, en disant que si l'on aime sa femme avec passion, il ne s'ensuit pas qu'on veuille la faire son héritière. Cela prouve seulement, dit-il, qu'en réglant les successions *ab intestat*, on a eu égard *à l'intérêt de l'État* et *à la conservation des familles*, aussi bien qu'à l'inclination ordinaire des particuliers, qui néanmoins secondent souvent, par leurs désirs, les vues des législateurs; car, combien de gens n'y a-t-il pas qui souhaitent fort que leurs biens ne sortent pas de la famille? Du reste, ajoute-t-il, M. Bynkershœck nous fournit lui-même de quoi prouver que le droit romain se propo-

qu'une illusion sans réalité. Il le prouva par l'exemple de l'amour conjugal, le plus naturel, le plus respectable et le plus fort de tous les sentimens, après l'amour paternel. C'est une affection légitime, presque érigée en précepte par le plus ancien et le plus vénérable des législateurs : *Relinquet homo patrem suum et matrem, et adhærebit uxori suæ* (1).

Si l'affection présumée et raisonnable du défunt eût été le fondement du droit de succéder, les époux, à défaut d'enfans, succéderaient en second ordre avant les ascendans, et surtout avant les collatéraux; et cependant les lois de Justinien ne les placent qu'en dernier ordre, et après les parens les plus éloignés. Les mêmes lois font concourir les frères germains avec les père et mère du défunt; ce qui est encore contraire au principe de l'affection, que l'on présume remonter aux pères et mères, avant de s'étendre aux collatéraux.

Il n'est donc pas vrai que le système de succession établi par la Novelle 118, ait suivi pour règle l'affection présumée du défunt. Si cette idée était entrée dans l'esprit de Tribonien, il n'aurait pas manqué de nous en avertir : on sait combien il aimait à s'étendre sur les motifs des constitutions qu'il rédigeait sous le nom de l'empereur Justinien.

151. Il n'est pas plus vrai de dire que les rédacteurs du projet de Code aient eu l'intention de prendre pour règle, dans l'établissement du droit de succéder, l'affection ou la volonté présumée du défunt.

Dans le discours préliminaire, où ils se rendirent compte des principes qui les avaient guidés, on voit, au contraire, qu'ils étaient imbus de la fausse doctrine de Montesquieu, dont nous avons parlé plus haut. Ils trouvaient « de puissans motifs de convenance et *d'équité* pour laisser les biens du défunt à sa famille; mais, à parler « exactement, aucun membre de cette famille ne peut, suivant eux, « réclamer ces biens à titre rigoureux (2) de propriété.

Ils posaient en principe que le droit de succéder est d'institution sociale; que c'est aux lois à établir l'ordre ou la manière de succé-

---

sait de suivre, *sinon en tout et partout, du moins autant que le bien public le permettait*, la volonté et l'affection du défunt, comme il paraît par l'explication que donne Bynkershœck d'une loi du Code, où il est dit que le père qui a institué son fils pour son héritier, *functus est dulci officio*. Ces raisonnemens de Barbeyrac suffisent pour faire voir qu'en effet, le droit romain n'a pas pris pour fondement du droit de succéder l'affection et la volonté du défunt, mais seulement que l'affection et le désir du défunt sont quelquefois d'accord avec les dispositions de la loi, qui a eu en vue *l'intérêt de l'État, le bien public, la conservation des familles*.

(1) *Genes.*, cap. 2, § 24. — (2) Quoi! pas même les enfans! *L'équité* n'est donc plus une loi pour le législateur; il pourra chasser les enfans de la maison de leur père où ils sont nés, du champ qu'ils ont défriché.

der; qu'il serait dangereux de laisser à chaque particulier la facilité illimitée de renverser l'ouvrage des lois, mais que la loi doit laisser quelque chose à l'arbitrage du citoyen; que la faculté de tester vient de la loi civile, mais que le pouvoir qu'un testateur tient *de la loi, est le pouvoir de la loi.*

Ainsi, loin de penser que la loi doive suivre la volonté ou l'affection présumée du défunt, en transmettant ses biens à un héritier, ils pensaient que la volonté même expresse du défunt n'avait d'autre force, pour transmettre sa succession, que le pouvoir qu'il tient de la loi.

Tels furent les principes qui guidèrent nos législateurs dans la rédaction du projet de Code relativement aux successions; et comme ce projet éprouva peu de changemens, on ne peut pas dire que l'esprit du Code soit différent de l'esprit du projet.

Dans les séances tenues devant le Conseil d'état pour la discussion du projet de Code, on invoqua plusieurs fois l'affection présumée du défunt, comme un principe qui méritait les égards du législateur, non pas comme une règle qu'il fût astreint à suivre (1).

152. En fait, si nous examinons le Code civil, nous trouverons que ses dispositions sur le droit de succéder ne sont point fondées sur l'ordre des affections présumées du défunt, pas même les dispositions relatives aux successions déférées aux descendans. Si les enfans succèdent à leur père, c'est moins parce qu'ils sont les premiers objets de son affection, que parce qu'il a des devoirs à remplir envers eux, et surtout, comme l'observe très bien M. Treilhard (2), parce que la nature avait en quelque sorte établi une communauté de biens entre le père et les enfans. Le droit de ces derniers aux biens du père est moins une succession qu'une jouissance continuée, une sorte de copropriété, dont il serait injuste de les dépouiller.

Loin de considérer l'affection ou la volonté du père comme une règle qu'elle fût obligée de suivre, la loi en a redouté les écarts ou les excès; elle ne lui a permis d'exhéréder aucun de ses enfans. Si elle lui permet de faire leurs portions inégales, de donner à l'un plus qu'à l'autre, c'est pour le mettre à même d'acquitter la dette de la reconnaissance envers ceux qui ont bien mérité, et de punir ceux qui ont démérité. C'est une sorte de magistrature que la loi lui confie, et dont il ne doit pas abuser pour satisfaire des affections fondées sur le caprice.

Dans les dispositions relatives aux autres successions, le Code s'est encore moins astreint à l'affection présumée du défunt; il s'en est

(1) *V.*, dans le *Procès-Verbal*, pages 245 et 249, ce que disent MM. Bigot de Préameneu, Portalis et Berlier. — (2) *Ubi suprà.*

totalement écarté, comme l'observe M. Maleville (1), dans la division des biens entre deux lignes, de laquelle il résulte qu'un parent au dixième ou douzième degré dans l'une des lignes, inconnu peut-être au défunt, n'en partage pas moins tous les biens avec le cousin-germain, avec l'oncle, ou même avec le père ou la mère du défunt.

## SECTION PREMIÈRE.

*Notions et dispositions générales sur les divers ordres de successions.*

### § I.

**De la parenté.**

SOMMAIRE.

153. Origine du mot *parenté*.
154. Division de la parenté chez les Romains.
155. En quoi consiste la parenté; sa définition.
156. Du double lien et des frères germains, consanguins ou utérins.
157. Manière dont la parenté peut se croiser.
158. Tableau de parenté, ligne, degré.
159. De la ligne directe et de la collatérale, de l'ascendante et descendante.
160. Comment se comptent les degrés.
161. Lignes paternelle et maternelle. Le nombre des ascendans double à chaque degré.
162. La ligne des ascendans est la même pour tous; celle des descendans se multiplie ou s'éteint.
163. Les lignes se diversifient entre les parens consanguins ou utérins.
164. Des familles supérieures ou inférieures, et des familles agnatiques.

153. Les successions légitimes étant déférées aux parens que la loi appelle, il faut commencer par connaître ce que c'est que la parenté.

Le mot *parent* vient du verbe *parere, pario, engendrer, produire; parens*, celui ou celle qui engendre. Ainsi, dans son origine, le mot *parent* signifie les pères et mères et autres ascendans; c'est le corrélatif d'enfans, *parentes et liberi*.

154. Les anciens Romains, plus attachés que nous à la propriété des termes, avaient conservé cette acception propre et primitive du mot *parens*, qui signifiait chez eux ce que nous entendons par ascendans (2).

Ils avaient même des mots propres (3) pour désigner chacun des

(1) Page 185.—(2) Loi 51, *ff. de V. S.*; Dukerus, *de lat. veter. jur.*, p. 221.—(3) *Parentes usque ad tritavum apud Romanos proprio vocabulo nominantur, ulteriores qui non habent speciale nomen, majores appellantur : item liberi usque ad trinepotem, ultrà hos, posteriores vocantur.* Leg. 10, § 7, *ff. de gradib.*, 38. 10.

| | |
|---|---|
| Majores. | Ego. |
| Tritavus. | Filius. |
| Atavus. | Nepos-Neptis. |
| Abavus. | Pronepos-Proneptis. |
| Proavus. | Abnepos-Abneptis. |
| Avus. | Adnepos-Adneptis. |
| Pater | Trinepos-Trineptis |
| Ego. | Posteriores. |

ascendans ou descendans jusqu'au sixième degré, après lequel ils appelaient les ascendans du mot générique *majores*, que nous rendons par *ancêtres*, dérivé d'*antecessores;* et ils appelaient les descendans au-delà du sixième degré *posteriores*, que nous rendons par *postérité, arrière-neveux*.

Quant aux collatéraux, ils les appelaient *cognats*, *cognatos*, expression générique qui comprenait tous ceux qui devaient la naissance à une même personne : *Cognati* (1) *appellati sunt quasi ex uno nati, aut, ut Labeo ait, quasi commune nascendi initium habuerint* (2).

Les cognats se divisaient en deux classes : les agnats, qui étaient tous les parens par les mâles (3); et les cognats, pris dans une acception spéciale, pour les personnes qui n'étaient unies que par les femmes. Il y avait donc entre les cognats et les agnats la même différence qu'entre le genre et l'espèce (4).

Quand la langue latine vint à se corrompre, le mot *parentes*, qui, dans son acception propre et primitive, ne signifiait que les ascendans, fut employé au lieu du mot *cognats*, dans son sens le plus général; et l'on comprit sous le nom de *parens* toutes les personnes issues des mêmes ascendans, c'est-à-dire du même père ou de la même mère, tant en ligne directe qu'en ligne collatérale.

Cette façon de parler fut d'abord introduite par les militaires (5), qui rapportent ordinairement de leurs voyages un langage moins pur. Elle passa dans la langue vulgaire, se glissa dans les Constitutions des Empereurs (6), et devint d'un usage général dans la basse latinité, d'où elle a passé dans la langue française. Nous désignons sous le nom de parens toutes les personnes qui sont unies par les liens du sang, et qui descendent les unes des autres, ou d'un auteur commun (7).

155. La parenté consiste donc dans la descendance d'un même auteur, d'un tronc commun, d'une souche ou racine commune, d'où sortent toutes les branches de parenté, tous les individus qui sont

---

(1) *Quasi congeniti.* — (2) Ulpian., leg. 1, § 1, *ff. undè cogn.;* Modestinus, leg. 4, § 1, *ff. de gradib.* 38, 10. — (3) Leg. 7, *ff. de legit. tutorib.* — (4) *Inter agnatos igitur et cognatos hoc interest, quod inter genus et speciem : nam qui agnatus est et cognatus est, non utiquè autem qui cognatus est et agnatus est. Alterum enim civile alterum naturale nomen est.* Leg. 10, § 4, *ff. de gradib.*, 38, 10. — (5 Hyeronimus, *lib. 2, contrà Rufinum.* « *Nisi fortè parentes militari,* « *vulgarique sermone, cognatos et affines nominat.* » *V.* les *Glossaires*, vo Parentes. —(6) Loi 1, *Cod. si per vim vel alio modo*, etc. — (7) Les Anglais ont retenu la signification propre du mot *parent*, qu'ils n'emploient que pour désigner le père ou la mère. *V. le Dictionnaire de Johnson.* Pour signifier ce que nous appelons en général *parenté, parent*, ils se servent des mots *kind, kindred*, qui sont d'origine saxonne.

unis par les liens du sang ou de la parenté, que l'on définit *vinculum personarum ab eodem stipite descendentium.*

156. Deux personnes peuvent descendre du même père et de la même mère, du même aïeul et de la même aïeule, et ainsi en remontant aux bisaïeux et trisaïeux. Alors le lieu du sang et de la parenté qui les unit est double : il y a double lien; lien du côté du père, lien du côté de la mère.

Il est possible aussi que ces personnes soient descendues du même père, du même aïeul, etc., mais de mères ou d'aïeules différentes (1); ou bien au contraire de la même mère, de la même aïeule, mais de pères ou d'aïeuls différens, comme il arrive lorsqu'un homme ou une femme contractent successivement deux ou plusieurs mariages, d'où il naît des enfans. Il n'existe de lien ou de parenté entre ces enfans que d'un seul côté, du côté du père ou du côté de la mère.

On appelle *frères germains* ceux qui sont issus du même père et de la même mère, qui sont unis par un double lien.

On appelle *consanguins* ceux qui sont issus du même père, du même aïeul, mais de mères ou aïeules différentes.

On appelle *utérins* les enfans qui sont issus de la même mère de la même aïeule, etc., mais de pères ou aïeuls différens.

157. Il arrive souvent, dans les deux derniers cas, que le frère de mon frère n'est pas même mon parent. Par exemple, j'ai un frère consanguin, c'est-à-dire issu du même père que moi, mais d'une autre mère. Ce frère a lui-même un frère utérin issu de sa mère, mais d'un autre mari que notre père commun : ce frère de mon frère n'est pas mon parent (2).

Il peut arriver aussi que les relations de la parenté se confondent et se croisent de telle manière, que deux individus soient parens utérins, quoique issus de mères et d'aïeules différentes, ou parens consanguins, quoique issus de pères et d'aïeuls différens; ou bien enfin, le premier parent consanguin du second, et le second parent utérin du premier, comme il arrive lorsque deux veuves épousent les enfans l'une de l'autre, issus de leurs premiers mariages. Par exemple (3), Prima, veuve de Primus, a un fils nommé *Paul;* elle épouse

(1) C'est ce que les Anglais appellent *half-blood*, moitié sang, et *entire-blood*, sang entier lorsqu'il y a double lien. — (2) Loi 10, § 13, *ff. de gradib.*

(3)

| | |
|---|---|
| Prima, veuve de Primus, | Secunda, veuve de Secundus, |
| dont est issu | dont est issu |
| Paul, | Jacques, |
| qui épousa Secunda, | qui épousa Prima, |
| dont est issu | dont est issu |
| Adrien. | Charles. |

Jacques, fils de Secunda, veuve de Secundus; il en naît un fils nommé *Charles*.

Secunda, mère de Jacques, épouse Paul, fils de Prima; il en naît un fils nommé *Adrien*. Charles est en même temps frère utérin de Paul et oncle paternel d'Adrien, et néanmoins parent utérin de ce dernier, puisqu'ils ne sont pas issus du même père ni du même aïeul; ils ne sont pas non plus issus de la même mère, puisque Charles est fils de Prima, Adrien de Secunda; mais Secunda est aïeule de Charles et mère d'Adrien; ainsi, tous les deux ont des femmes pour troncs communs.

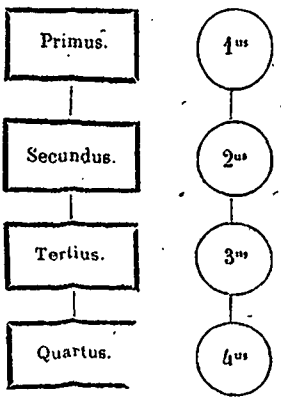
Adrien, à son tour, quoique frère utérin de Jacques, est oncle paternel de Charles.

158. On a coutume de placer dans un tableau les personnes dont on veut connaître la parenté, les unes au-dessous des autres, dans l'ordre de leur génération. On les figure par de petits cercles ou par des carrés dans lesquels leurs noms sont écrits, et que l'on unit par une ligne perpendiculaire tirée de la personne supérieure à celle qui est au-dessous. Cette ligne indique la génération; c'est-à-dire que la personne inférieure est engendrée par la supérieure (1).

La série des personnes ainsi placées successivement les unes au-dessous des autres, dans l'ordre de leur génération, est ce qu'on appelle une ligne de parenté. *Linea*, expression métaphorique qui, dans le sens propre, signifie un lien ou une corde de lin, matière dont on faisait le plus communément les cordages (2). La ligne lie successivement les parens les uns aux autres.

Il est évident que chaque génération prolonge la ligne et y ajoute un degré; car les degrés ne sont autre chose que le nombre des géné-

(1)




(2) Isidore de Séville, *Origin.*, lib. 10, cap. 18

rations indiquées par les petites lignes perpendiculaires qui unissent les cercles ou les carrés dans lesquels sont écrits les noms des personnes engendrées.

Le mot degré est encore une expression métaphorique empruntée de la comparaison des échelons d'une échelle, ou des degrés d'un escalier (1) : les parens descendent de l'auteur commun de générations en générations, comme par autant de degrés ou d'échelons.

Chaque génération s'appelle donc un *degré*. La proximité de parenté s'établit par le nombre de générations (art. 735).

159. La série des degrés ou de générations forme la *ligne*, qui est de deux espèces : la ligne *directe* et la ligne *collatérale*.

La ligne directe est la suite des degrés entre personnes qui descendent l'une de l'autre.

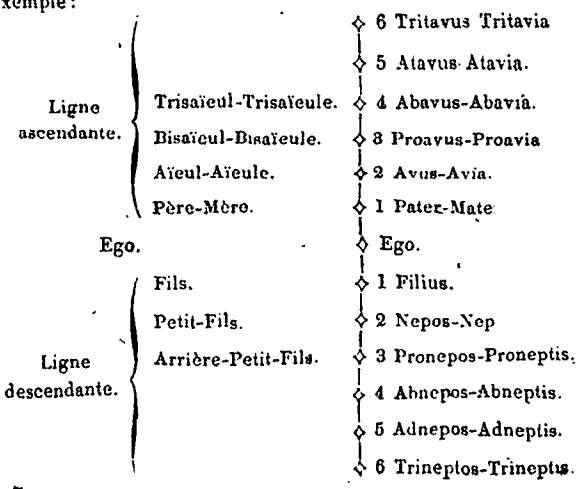
La ligne collatérale est la suite des degrés entre personnes qui ne descendent pas les unes des autres, mais qui descendent d'un auteur commun (736).

Si, dans la ligne directe, on prend pour terme une personne quelconque, afin d'y rapporter les autres personnes, tant au-dessus qu'au dessous, cette ligne se trouve alors coupée en deux, et divisée en lignes ascendante et descendante (2).

La ligne ascendante est celle qui, de la personne qu'on a prise pour terme, remonte à ses auteurs, à son père, son aïeul, son bisaïeul, etc.

(1) *Gradus autem dicti sunt à similitudine scalarum locorumve proclivium, quos illà ingredimur, ut à proximo in proximum, id est, in eum qui quasi ex eo nascitur transeamus.* Leg. 10, § 10, *ff. de gradib.*

(2) Exemple :



La ligne descendante est celle qui, de la même personne, descend à ses enfans, petits-enfans, etc.

Dans les tableaux de consanguinité ou de parenté, on place ordinairement au milieu la personne qu'on prend pour terme, afin de compter les degrés entre elle et ses parens ascendans, descendans ou collatéraux.

La ligne collatérale, considérée isolément et relativement à l'auteur commun, est une ligne directe : elle prend le nom de collatérale lorsqu'on la place à côté d'une autre ligne, au-dessous de l'auteur ou tronc commun, dans lequel elles se réunissent toutes les deux (1).

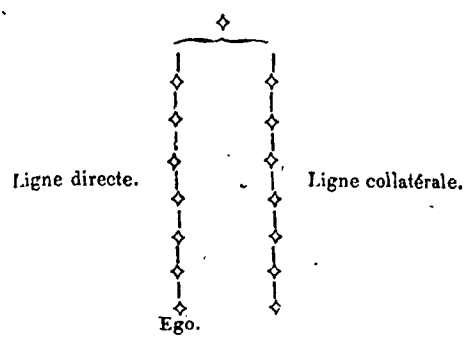
Ces deux lignes sont indépendantes l'une de l'autre; elles n'ont de relation que par leur réunion dans la personne de l'auteur commun, réunion qui forme seule la parenté entre les personnes de ces deux lignes.

160. En ligne directe, on compte autant de degrés qu'il y a de générations; ainsi le fils à l'égard du père est au premier degré, le petit-fils au second: et réciproquement du père et de l'aïeul, à l'égard du fils et du petit-fils (art. 737). En ligne collatérale, les degrés se comptent également par le nombre des générations, en montant depuis l'un des parens jusqu'à l'auteur commun, et en descendant de celui-ci à l'autre parent (738).

Ainsi, il ne peut y avoir de premier degré en collatérale, parce qu'il y a nécessairement deux générations (2). Deux frères sont au second degré; le premier degré, qui monte de l'un des frères au père commun; le second, qui descend du père à l'autre frère. L'oncle et le neveu sont au troisième degré, les cousins germains au quatrième, et ainsi de suite (738).

---

(1)




(2) *Superior quidem et inferior cognatio à primo gradu incipit; ex transverso verò a latere nullus est primus gradus, et ideò incipit à secundo.* Leg. 1, § 1. *ff de gradib.* 38, 10

161. Quoiqu'il n'y ait qu'une ligne ascendante et une descendante, lesquelles, comme nous l'avons dit, ne font qu'une seule ligne directe, qui monte des enfans aux pères, et qui descend des pères aux enfans, chacune des deux sortes d'ascendans et descendans a, sous d'autres points de vue, diverses lignes qu'il faut distinguer. On n'a besoin de considérer qu'une seule ligne d'ascendans et de descendans paternels, quand il s'agit de compter les degrés de père en fils, entre un ascendant et un descendant.

Mais si on veut distinguer les ascendans paternels et maternels d'une même personne, et ses descendans de fils et de filles, il se fait alors plusieurs lignes.

En parcourant tous les ascendans d'une personne, on en trouve une première ligne qui monte à son père, à son aïeul paternel, à son bisaïeul paternel, et ainsi de père en père; c'est ce qu'on appelle ligne paternelle.

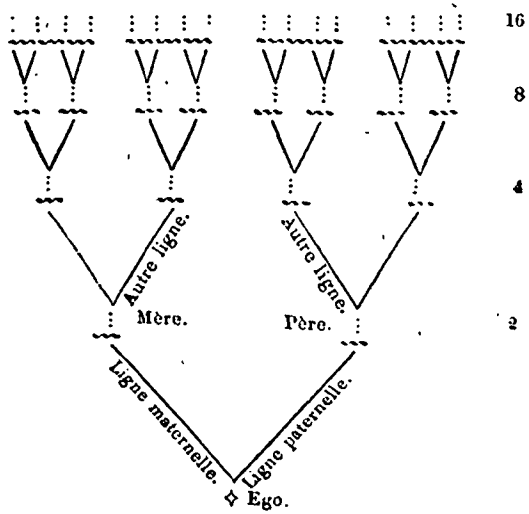
Une autre ligne qui monte de cette même personne à sa mère, à son aïeule maternelle, et ainsi de mère en mère; c'est la *ligne maternelle*.

Mais ces lignes ne parcourent pas tous les ascendans; il y en a plusieurs autres qu'il faut concevoir pour aller à tous.

Car le nombre des ascendans va toujours en doublant à chaque degré (1).

---

(1) *Admonendi sumus parentium personæ semper duplari.* Leg. 3, § *ult. ff. de gradib.*



162. Chaque personne a deux ascendans au premier degré, quatre au second, huit au troisième. Ainsi, en montant toujours aux ascendans de chaque personne, on va par diverses lignes qui fourchent à chaque génération. Par ce progrès, on trouve seize ascendans au quatrième degré, trente-deux dans le cinquième, soixante-quatre dans le sixième, cent vingt-huit dans le septième, et ainsi de suite; ce qui donne trente-trois millions cinq cent cinquante-quatre mille quatre cent trente-deux ascendans dans la vingt-cinquième génération en remontant.

Mais comme plusieurs des ascendans d'une personne sont descendus des mêmes aïeux, les lignes qui étaient fourchées se rejoignent au premier ascendant commun, d'où descendent les autres; et cette multiplication, souvent interrompue par les ascendans communs, peut cesser et se réduire à peu de personnes.

163. Il y a cette différence entre les lignes des descendans et celles des ascendans, que celles-ci sont les mêmes pour tous; car tout homme a le même ordre d'ascendans que chacun des autres, quoique le nombre des ascendans devienne inégal, selon qu'ils ont plus ou moins d'ascendans communs dans le sens que nous venons d'expliquer.

Quant aux lignes des descendans, elles fourchent différemment, selon le nombre des enfans et des descendans; elles finissent ou durent plus ou moins, selon que les générations cessent ou se continuent. Plusieurs familles s'éteignent faute de descendans, d'autres dureront jusqu'à la fin des siècles. Ainsi les lignes des descendans se diversifient dans chaque famille.

164. Lorsqu'on ne veut voir que les degrés ou les générations entre un seul ascendant et un seul descendant de père en fils, on n'a besoin de figurer qu'une seule ligne, quelque nombre de degrés qu'il y ait entre eux.

On peut aussi compter plusieurs ordres ou lignes de collatéraux, suivant que l'auteur commun qui les unit est plus ou moins éloigné.

Les uns sont descendus du même père et de la même mère, tels sont les frères et sœurs germains; ou du même père ou de la même mère seulement, tels que les frères et sœurs consanguins ou utérins.

Les autres sont issus du même aïeul, du même bisaïeul, du même trisaïeul, et ainsi de suite.

Comme entre les frères et sœurs on distingue les germains, les consanguins et les utérins, on peut, à l'égard des collatéraux du deuxième, du troisième ou quatrième ordre, distinguer ceux qui sont issus du même aïeul, de la même aïeule, ou seulement du même aïeul, mais d'une aïeule différente, *aut vice versâ;* et ainsi à l'égard des descendans de bisaïeuls, trisaïeuls, etc.

On peut également distinguer entre les descendans des frères ou sœurs, ceux qui sont issus des frères ou sœurs germains, consanguins ou utérins.

On appelle *famille*, dans le sens propre, tous les enfans issus du même père, *ultimi genitoris* (1).

Chaque enfant qui se marie et qui procrée des enfans, forme une nouvelle famille dont il est l'auteur ou le tronc commun.

Néanmoins il continue d'être, ainsi que ses enfans, membre de la famille de son père, et, en montant plus haut, de son aïeul, de son bisaïeul, et ainsi de suite; en sorte que chaque famille particulière et proprement dite, est comprise dans une seconde famille, en remontant, celle-ci dans une troisième, et ainsi de suite. C'est dans ce sens que l'on dit que tous les hommes sont de la même famille.

Il y a donc autant de familles que de troncs communs : famille du père, famille de l'aïeul, famille du bisaïeul, etc.; et ainsi du côté des femmes, famille de la mère, famille de l'aïeule, de la bisaïeule, etc.

Dans un autre sens, comme les enfans portent toujours le nom du père et non celui de la mère, on dit que les femmes sont le commencement et la fin de la famille. *Mulier autem familiæ suæ et caput et finis est.* Leg. 195, § 5, *ff. de V. S.* On en conclut que les enfans ne sont pas dans la famille de la mère : *Fœminarum liberos in familiâ earum non esse palàm est : quia qui nascuntur patris non matris familiam sequuntur.* Leg. 196, *ff. ibid.*

Dans ce sens, le mot famille signifie seulement ceux qui sont issus du même sang par les mâles.

Ainsi, dans les successions purement *agnatiques*, c'est-à-dire déférées aux mâles descendans des mâles, les femmes ne sont pas regardées comme étant de la famille; elles ne peuvent succéder ni servir d'anneau pour perpétuer l'ordre de la succession dans la famille.

Tel était l'ordre établi dans la succession de certains fiefs, et tel est celui qu'avait établi Bonaparte dans la succession des majorats (2).

Mais cet ordre est purement de droit civil.

Dans le sens ordinaire, comme dans l'ordre de la nature, les femmes sont de la famille; elles perpétuent les deux familles de leur père et de leur mère, auxquelles elles appartiennent (3). Ainsi, l'arrière-petit-fils est dans la famille de son bisaïeul maternel, quoiqu'il

(1) *Appellatur familia plurium personarum quæ ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur.* Loi 195, § 4, *ff. de V. S.* — (2) *V.* le décret du 1er mars 1808. — (3) Hévin, sur Frain, pages 165 et suiv.

en soit descendu par les femmes; ainsi chaque individu appartient à autant de familles qu'il a d'ascendans.

De même, en descendant, on peut distinguer la famille du fils, celle du petit-fils, etc.; et en collatérale, celle du frère, c'est-à-dire celle dont le frère est l'auteur commun; celle du neveu, c'est-à-dire celle donc il est tronc commun, etc.

Ainsi il y a des familles supérieures, des familles inférieures et des familles collatérales, relativement à celui qu'on prend pour le terme de comparaison, et dont on veut connaître la parenté.

Ces notions générales sur la parenté ou consanguinité, et sur la manière d'en compter les degrés, peuvent s'appliquer à tous les systèmes de successions existans ou possibles, fondés sur la parenté; elles sont nécessaires pour les entendre sous le rapport des personnes qui succèdent et auxquelles on succède.

---

## § II.

**Suite des notions et dispositions générales sur les divers ordres de succéder.**

SOMMAIRE.

163 *bis*. Trois ordres ou classes de parens établis par la nature, descendans, ascendans, collatéraux. De là trois ordres de successions.

164 *bis*. Autre division des parens en deux lignes, paternelle et maternelle.

165. La vocation de chaque ordre, de chaque ligne, de préférence à un autre, n'est point déterminée par la proximité du degré de parenté.

166. Deux choses à distinguer : la vocation de chaque ordre ou ligne, le règlement du droit des parens de chaque ordre ou ligne.

167. L'ordre des descendans appelés à l'exclusion de tous autres, indépendamment de leur degré de parenté.

168. Mais le règlement du droit de chaque descendant est déterminé par la proximité du degré de parenté.

169. Ce n'est qu'à défaut de descendans que les autres ordres ou lignes sont appelés. Leur vocation n'est point déterminée par la proximité du degré des parens qui les composent.

170. Les parens d'une ligne plus éloignée en degré concourent avec les parens plus proches de l'autre ligne, même avec le père ou la mère; mais le règlement du droit des parens dans chaque ligne est déterminé par la proximité du degré.

171. Si le défunt laisse, à défaut de postérité, des ascendans et des collatéraux, il faut distinguer s'il existe des frères, des sœurs ou des descendans de frères ou sœurs.

172. S'il n'en existe pas, les ascendans dans chaque ligne sont appelés à l'exclusion de tous les collatéraux.

173. S'il existe des frères, des sœurs, ou *des descendans d'eux*, ils sont appelés à l'exclusion des autres collatéraux plus proches en degré, même à l'exclusion des ascendans, à l'exception des père et mère, avec lesquels ils concourent.

174. Mais le règlement des droits de chaque frère ou sœur, ou des descendans de frère ou sœur, est déterminé par la proximité du degré, ou par la prérogative du double lien de parenté.

175. S'il n'existe ni frère, ni sœur, ni descendans de frère ou de sœur, les autres collatéraux sont appelés, sans autre différence que la proximité du degré.
176. Les parens au-delà du douzième degré ne succèdent point.
177. A défaut de parens dans une ligne, les parens de l'autre ligne succèdent pour le tout.
178. La loi ne considère ni la nature, ni l'origine des biens pour en régler la succession, ni le sexe, ni la primogéniture des héritiers.
179. Transition au droit de représentation.

163 *bis*. La loi n'appelle point indifféremment à la succession du défunt les parens les plus proches en degré. Elle considère d'abord les différens ordres ou classes de parenté.

La nature a divisé les parens de chaque personne en trois grandes classes principales :

1° Ses enfans et leurs descendans;

2° Ses père et mère et autres ascendans;

3° Ses parens collatéraux, qui comprennent en premier lieu ses frères et sœurs, ou les descendans d'eux; en second lieu, ses oncles, cousins et autres parens de l'un ou l'autre sexe, qui ne sont pas issus d'un frère ou d'une sœur du défunt.

La nature elle-même a donc établi les trois ordres de succession, descendante, ascendante et collatérale.

164 *bis*. Quand une personne décède sans postérité, ses successibles, c'est-à-dire ses parens, tant ascendans que collatéraux, qui peuvent avoir des droits à sa succession, se divisent naturellement en deux classes : les parens paternels, savoir, le père et tous ses ascendans et collatéraux; c'est ce qu'on appelle la ligne paternelle; la mère et tous ses ascendans et collatéraux, c'est ce qu'on appelle la ligne maternelle (733).

165. La vocation de chaque ordre ou de chaque ligne de sucessibles à la succession du défunt, de préférence à l'autre ordre ou à l'autre ligne, n'est point déterminée par la proximité du degré des parens de chaque ordre, ou de chaque ligne, comparaison faite avec le degré des parens de l'autre ordre ou de l'autre ligne (*vid. infra.*)

166. Il faut donc distinguer deux choses ; 1° la vocation de chaque ordre, classe ou ligne de parens appelé à succéder au défunt, indépendamment de la proximité du degré, de préférence aux parens même plus proches d'un autre ordre ou ligne; 2° le droit ou l'étendue des droits des parens de chaque ordre ou ligne entre eux, sur les biens déférés à l'ordre ou à la ligne.

167. La loi, suivant le vœu de la nature, *appelle* en premier ordre à la succession d'une personne décédée, *ses enfans ou leurs descendans* (745); en un mot, *sa postérité*.

Ils sont appelés de préférence, ou à l'exclusion d'un autre ordre

ou classe de parens, ascendante ou collatérale, quand même les parens existans dans les deux ordres seraient unis au défunt dans un degré plus rapproché. Ce n'est qu'à défaut de postérité du défunt que les ascendans ou collatéraux sont appelés. La vocation de la classe des descendans du défunt est donc indépendante de la proximité du degré.

168. Mais lorsqu'il s'agit de régler entre les descendans appelés, l'étendue des droits de chacun d'eux, relativement aux autres, sur les biens de la succession, ces droits sont déterminés par la proximité du degré de parenté; sont même exclus par les autres, les descendans plus éloignés en degré, qui ne peuvent se rapprocher par la voie de la représentation.

169. Ce n'est qu'à défaut de postérité du défunt, c'est-à-dire de parens dans l'ordre descendant, que sont appelés les parens de l'ordre ascendant ou de l'ordre collatéral.

Ce n'est aussi qu'à défaut de postérité du défunt que naissent les droits des deux lignes, et que sont appelés les parens des lignes paternelle ou maternelle, ascendans ou collatéraux; et leur vocation n'est point encore déterminée par la proximité du degré de parenté des parens d'un ordre ou d'une ligne, comparaison faite du degré de parenté des parens de l'autre ordre ou de l'autre ligne.

170. Les parens de l'une des lignes, par exemple, quoique beaucoup plus éloignés en degré que ceux de l'autre ligne, n'en sont pas moins appelés à concourir avec les parens de l'autre ligne plus proches en degré, et même avec le père ou la mère. Il ne se fait aucune dévolution des droits d'une ligne à l'autre, que lorsqu'il ne se trouve ni ascendant, ni collatéral au degré successible dans l'une des deux lignes (733, 755).

Mais le règlement ou l'étendue du droit des parens, dans chaque ordre ou ligne, est déterminé par la proximité du degré.

171. Lorsqu'à défaut de postérité, le défunt laisse des ascendans et des collatéraux dans les deux lignes paternelle et maternelle, il faut faire une distinction très importante, dont on n'a point assez remarqué les conséquences : ou il existe des frères, des sœurs ou des descendans d'eux, ou bien il n'en existe pas.

172. S'il n'en existe pas, les ascendans, chacun dans leur ligne, sont appelés à l'exclusion des collatéraux (746).

173. Au contraire, s'il existe des frères ou sœurs du défunt, ou des descendans d'eux, ils sont appelés à l'exclusion des autres collatéraux, et même des ascendans, autres que les père et mère (750). Ces ascendans et ces collatéraux, quoique plus proches en degré, ne sont appelés qu'*à défaut de frères, de sœurs, ou de descendans*

*d'eux* (753). Ainsi, les frères, sœurs, ou les descendans d'eux, forment une classe particulière de collatéraux, et cette classe jouit d'une prérogative qui n'est point accordée aux autres collatéraux; elle exclut les autres collatéraux, et même les ascendans plus proches en degré, à l'exception du père et de la mère, avec lesquels elle concourt.

174. Quant aux droits des frères ou sœurs, ou des descendans de frères ou sœurs sur les biens de la succession, ils sont déterminés par la proximité du degré, ou par la prérogative du double lien de parenté, s'il existe ou s'il a existé des frères ou sœurs germains, consanguins ou utérins.

175. S'il n'existe ni frères ni sœurs du défunt, ni descendans d'eux, les autres collatéraux sont tous appelés, sans autre différence que la proximité du degré de parenté, sans égard pour ceux qui seraient descendus d'un tronc commun plus rapproché du défunt.

176. Mais « les parens au-delà du douzième degré ne succèdent « pas. »

177. « A défaut de parens au degré successible dans une ligne, « les parens de l'autre ligne succèdent pour le tout (755). »

178. « Enfin, la loi ne considère ni la nature, ni l'origine des « biens, pour en régler la succession (732). » Elle ne fait entre les successibles aucune distinction ni du sexe ni de la primogéniture (745).

Le droit de chacun des héritiers appelés s'étend sur tous les biens du défunt, sans distinction de meubles ou d'immeubles, soit qu'il les eût acquis, soit qu'il les eût recueillis de succession paternelle, maternelle ou collatérale. La règle *paterna paternis*, d'où dérivait la distinction des propres, est abrogée et proscrite. C'est un principe fondamental, qui ne souffre exception que dans le cas du retour légal, suivant lequel les ascendans *succèdent* aux biens qu'ils ont donnés, de préférence à tous autres héritiers (745), comme nous le dirons section 6 (*a*).

Il faut encore excepter le cas des majorats, dont l'institution, convenable peut-être pour maintenir l'éclat et la dignité de la pairie, paraît dans tout autre cas contraire aux principes de la Charte (*b*).

179. Telles sont les règles générales établies par le Code sur la vocation des successibles de chaque ordre ou classe, et de chaque ligne paternelle ou maternelle. Avant d'examiner la manière dont sont réglés les droits des parens dans chaque ordre ou ligne, suivant la proximité du degré, ou suivant la prérogative du double lien, il

(*a*) Il existe encore d'autres cas, où la loi considère l'origine des biens. Ils sont indiqués aux art. 351, 352 et 766.—(*b*) *V.* à cet égard la loi du 12 mai 1835 *Collection des lois*, tome 35, page 106.

faut expliquer ce que c'est que la représentation, quand et comment elle est admise par le Code.

## SECTION II.

*De la représentation et de la transmission.*

SOMMAIRE.

180. Ce mot fut inconnu aux jurisconsultes romains.
181. Origine de la représentation en ligne directe à Rome
182. Elle eut pour objet de déterminer la portion des petits-enfans dans la succession de leur aïeul.
183. Son origine en ligne collatérale; elle y fut bornée aux neveux du défunt.
184. Elle ne fut admise anciennement en France, ni en ligne directe, ni en ligne collatérale.
185. En l'admettant les coutumes n'en changèrent point la nature.
186. C'est un droit que les enfans ne tiennent point de leur père.
187. Il ne faut pas le confondre avec la transmission.
188. Trois modes de succéder : de son chef, par représentation et par transmission.
189. Définition de la représentation; si elle est une fiction.
190. Comment la représentation était reçue en France anciennement et par la loi du 17 nivôse an II.
191. Admise à l'infini par le Code, en ligne descendante.
192. Elle est contre les petits-enfans autant qu'en leur faveur.
193. Rejetée en ligne ascendante, et avec raison.
194. La division des biens entre les deux lignes établit une sorte de représentation à l'égard des ascendans.
195. En collatérale, la représentation est limitée aux enfans et descendans des frères et sœurs du défunt.
196 Elle est admise même lorsqu'ils succèdent seuls et en degrés égaux.
197. On ne représente point une personne vivante, et pourquoi. A la note.
198. On ne peut représenter celui qui a été déclaré indigne, ni celui qui était incapable.
199. Mais on peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé.
200. Le partage se fait par souches, dans tous les cas où la représentation a lieu.

180. Quoique la chose qu'il signifie remonte à une antiquité fort reculée, le mot de représentation n'est pas, à beaucoup près, aussi ancien : il fut inconnu aux jurisconsultes romains (1). Il paraît qu'il fut inventé par les interprètes et les docteurs; et comme il est d'un usage infiniment commode, il devint bientôt général, et fut adopté par les réformateurs des coutumes de France.

181. En remontant à l'origine, on voit que la loi des Douze Tables plaçait au premier ordre de succession les héritiers siens, c'est-à-dire tous les descendans qui étaient sous la puissance du père de famille : elle les appelait tous également et au même titre, sans que le plus prochain en degré pût exclure les plus éloignés : *Pariter ad*

(1) *V.* Richard, *Traité de la représentation*, chap. 1, no 3; Guyné, *Traité de la représentation*, page 12

*hæreditatem avi vocantur : nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit. Instit., lib.* 3, *tit.* 1, § 6.

Ainsi, les petits-enfans étaient appelés directement aussi bien que les enfans du défunt; c'était un droit qui leur était propre, et qu'ils ne tenaient point de leur père; car ils pouvaient l'exercer même du vivant de ce dernier lorsqu'il était émancipé (1). *Ibid., lib.* 3 *titre* 1, § 2.

182. La loi qui appelait également, *pariter* (*a*), les enfans et les petits-enfans à la succession de l'auteur commun, semblait donner à chacun d'eux une portion égale à celle de leurs oncles, en sorte que le partage se serait fait par têtes. Mais les jurisconsultes et les préteurs, par une interprétation fondée sur l'équité, décidèrent que les petits-enfans ne devaient avoir que la part que leur père aurait eue : *Conveniens visum est in parentis sui locum succedere. Instit., lib.* 3, *tit.* 1, § 6. *Tales accipiant portiones quales patres eorum, si vixissent, habituri erant.* Caius, *in Frag., lib.* 2. *tit.* 8, §§ 2 et 6. Cette portion était là même, lorsque tous les petits-enfans se trouvaient en degrés égaux; par exemple, lorsqu'un des fils avait laissé deux ou trois enfans, l'autre trois ou quatre. La succession de l'aïeul n'en était pas moins partagée entre eux par moitié, et chaque moitié était subdivisée également entre les enfans de chaque souche. *Inst., lib.* 3, *tit.* 1, § 6, *et ibi* Vinnius, n° 6.

La détermination de la portion des petits-enfans ne fut donc point une fiction pour les rapprocher au degré de leurs oncles, puisqu'en successions descendantes on n'avait point égard à la proximité du degré (2). Ce ne fut point un bienfait, un privilége; ce fut plutôt

---

(1) C'est par erreur typographique que dans les 2e, 3e et 4e éditions on lit : *qu'ils étaient émancipés.* — [Voici la disposition de la loi des douze tables : « *Si intestato moritur, cui suus heres nec sit, adgnatus proximus familiam habeto.* » c'est-à-dire littéralement que la loi appelle à la succession *ab intestat* du défunt, en premier lieu ses héritiers siens, et s'il n'y en a pas l'agnat le plus proche. Elle règle la priorité entre l'ordre des héritiers siens et celui des agnats. Mais peut-on dire que cette loi détermine également la manière dont les héritiers siens succéderont? Cela me paraît difficile. Je crois donc que la vocation à l'hérédité des héritiers siens d'un degré plus éloigné avec ceux d'un degré plus proche et le partage par souches sont plutôt une création équitable des *prudens*, qu'une interprétation du texte précité. La phrase suivante de Gaius autorise pleinement cette conjecture. *Æquum enim videbatur*, dit-il, *nepotes, neptesve in patris sui locum portionemque succedere. V. Instit., Comm.* 3, n° 7.] — (*a*) On peut voir dans la note qui précède que le mot *pariter* n'existait pas dans la loi des douze tables dont l'auteur entend parler. Cette expression se trouve seulement dans les écrits du jurisconsulte Gaius, où elle signifie *aussi etenim, quoque*, et non *par égale portion*, comme la suite du texte le prouve. Il n'est donc pas vrai de dire que les jurisconsultes et les préteurs se soient attachés à en préciser la portée par une interprétation fondée sur l'équité. —

(2) *Nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit. Inst.*, lib. 3, tit. 1, § 6.

une limitation qu'une extension de leur droit, car, la loi les appelant également, il semblait que le droit de tous les appelés était égal, et le partage devait être fait par têtes (*a*).

183. Telle est l'origine de ce qu'on a depuis appelé représentation; mais cette disposition n'était relative qu'à la ligne directe, c'est-à-dire aux petits-enfans. En collatérale, la loi des Douze Tables déférait la succession à l'agnat le plus proche : *Proximus agnatus familiam habeto.*

Justinien, par un motif d'équité, dérogea à cette loi, en appelant directement les neveux du défunt concurremment avec ses frères : « *Si defuncto fratres fuerint, et alterius fratris aut sororis præ-* » *mortuorum filii, vocabuntur ad hæreditatem isti cum de patre* « *et matre thiis.* » *Nov.* 118, cap. 3.

Il les appela malgré l'éloignement de leur degré : « *Soli in tertio* « *constituti gradu cum iis qui in secundo gradu sunt; ad hæredi-* « *tatem vocentur, etc.* »

Il ne laissa subsister la prérogative du plus proche degré, que pour les autres parens collatéraux : « *Omnes deinceps à latere co-* « *gnatos ad hæreditatem vocamus, secundùm unius cujusque gra-* « *dus prærogativam, ut viciniores gradu ipsi reliquis præpo-* « *nantur.* »

Mais en appelant les neveux du défunt avec ses frères, Justinien fit ce que l'ancien droit avait fait à l'égard des petits-enfans; il ne donna aux neveux que la portion qu'aurait eue leur père : « *Quanti-* » *cumque fuerint tantam ex hæreditate percipient portionem quan-* « *tam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset.* » *Nov.* 118, cap. 3.

Cette vocation des neveux à la succession du frère de leur père, en concurrence avec leurs oncles, fut un bienfait de la loi nouvelle, puisque l'ancienne les excluait, et n'appelait que le plus proche en degré. Ce fut un privilége, comme l'appelle Justinien; mais ce privilége fut accordé personnellement aux neveux, et refusé à toute autre personne, même à leurs enfans.

---

(*a*) La loi des douze tables n'appelait point tous les descendans quel que fût leur degré à succéder par portions égales; elle ne dit rien à ce sujet (*V.* les notes qui précèdent). Je croirais plutôt que, dans les premiers temps, on eut égard seulement à la proximité du degré, et que les descendans plus éloignés ne furent admis, qu'assez tard, à prendre la place que leur auteur avait laissée vacante, et à recueillir, nonobstant l'existence de descendans plus proches, la portion à laquelle leur auteur aurait eu droit. Telle a été, du reste, la marche des choses dans notre ancien droit coutumier (*V.* ci-après n° 181, et Pothier, *Successions*, chap. 2, sect. 1re, art. 1er) Ainsi, l'introduction de la représentation fut, en réalité, un bienfait pour les petits-enfans qui se trouvaient en concours avec leurs oncles, lesquels, sans cela, auraient recueilli toute la succession

Telle est l'origine de la représentation en collatérale.

184. La représentation soit en ligne directe, soit en collatérale, ne fut admise anciennement en France, ni par les peuples qui se gouvernaient par la loi romaine, ni par ceux qui suivaient la loi salique (1), laquelle déférait la succession aux plus proches parens; mais dans le moyen âge, elle y fut introduite, d'abord par les usages ou les coutumes, et elle finit par devenir presque générale, néanmoins avec des variétés et des différences presque infinies.

185. Au reste, en recevant en France le droit de représentation, nos coutumes n'en changèrent point la nature; elle demeura telle qu'elle était à Rome, et dans son origine, c'est-à-dire un droit propre et personnel aux enfans ou aux neveux, un droit qu'ils ne tiennent point de leur père décédé, mais de la loi qui les appelle, aussi bien que leurs oncles ou tantes, quoiqu'ils soient plus éloignés en degrés : c'est une dérogation ou une exception à la règle qui défère les successions aux parens les plus proches.

186. Il faut donc poser en principe que les enfans qui succèdent avec des parens plus proches du défunt, comme aurait fait leur père, ne tiennent point ce droit de celui-ci, et ne représentent point sa personne. C'est un droit qui leur est propre, et qu'ils ne tiennent que de la loi : « *Suo prorsùs et proprio jure, nec ex patris beneficio, nec « ob illius personæ repræsentationem* », dit fort bien Pontanus sur Blois, art. 140.

Barthole avait dit avant lui : « *Quòd filius succedat in locum « patris seu matris, quantùm ad successionem avi, non habet à « patre, sed ex dispositione legis.* » *In leg.* 93, *ff. de acquir. hæred.*

Le même principe est enseigné par Lebrun (2), par Ricard (3) et par nos meilleurs auteurs; et quoiqu'il ne soit pas littéralement énoncé dans le Code, on en retrouve une conséquence dans la disposition finale de l'art. 744, qui porte qu'on peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé. C'est encore par une conséquence du même principe que ceux qui représentent un défunt, et qui ne sont pas ses héritiers, ne sont point obligés de payer ses dettes.

187. Il ne faut pas confondre la représentation, qui est le cas où l'enfant succède au lieu de son père, décédé avant l'ouverture de la succession, avec la *transmission*, qui a lieu dans le cas où celui qui était appelé à une succession décède après son ouverture, avant de s'être porté héritier. Il transmet son droit à ses héritiers, qui ne peuvent

(1) *V.* Delaurière, sur Loisel, liv. 2, tit. 5, reg. 5, et les autorités qu'il cite.
(2) *Des Successions*, liv. 3, chap. 5, sect. 1, no 1. — (3) *Traité de la représentation*, chap. 1, nos 4 et suivans.

l'exercer sans accepter sa succession, puisque ce droit en fait partie.

Celui qui vient par représentation vient donc *jure suo*, et celui qui vient par transmission, *jure alieno* : c'est dans ce dernier cas qu'il y a une représentation réelle et parfaite de la personne de celui qui transmet.

188. Ainsi, on distingue trois modes de succéder : de son chef, par représentation, et par transmission.

De son chef, quand on se trouve personnellement le plus proche du défunt, dans l'ordre établi par la loi.

Par représentation, quand on exerce les droits qu'eût exercés une personne morte avant l'ouverture de la succession dont il s'agit.

Par transmission, lorsqu'on exerce les droits d'une personne morte depuis cette ouverture (*a*).

189. Les auteurs n'ont pas tous défini la représentation de la même manière. Lebrun (1) la définit un droit par lequel l'enfant succède au lieu de son père, qui est décédé avant que la succession soit ouverte.

Mais les docteurs, imbus de la doctrine des fictions, crurent en apercevoir une dans la disposition de la loi qui limite le partage des enfans à la portion qu'aurait eue leur père. Il dirent donc que la représentation est une *fiction de la loi*, par laquelle les enfans prennent la place et le degré de leur père, et représentent sa personne pour recueillir, dans une succession, la portion qu'il aurait eue s'il était vivant.

Dans la vérité, il n'y a point et il n'y a jamais eu de fiction dans la disposition de la loi qui admet, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, les enfans et les neveux à succéder en concurrence avec leurs oncles. La fiction est la ressource de la faiblesse; c'est la supposition d'un fait contraire à la vérité (2). La fiction est donc indigne de la majesté du législateur (3); il n'a pas besoin de feindre, il commande. Les fictions furent inventées par les préteurs romains, qui, dans l'impuissance d'abroger la loi, voulaient néanmoins y déroger sous prétexte d'équité. Les jurisconsultes imitèrent les préteurs, et usèrent des fictions dont l'usage leur parut commode, soit pour adoucir une loi trop dure, soit pour rendre leurs écrits plus méthodiques

---

*a*) Le dernier mode rentre évidemment dans le premier, puisque les biens recueillis par la personne dont on exerce les droits font partie de son patrimoine. Il n'y a donc en réalité que deux modes de succéder — (1) *Ubi suprà*. — 2 Altoserra, *de fictionib. jur.*, tract. 1, cap. 1. — (3) Le savant Chabot a senti comme nous que la représentation n'est point une fiction. Il la définit : « Un » droit conféré par la loi, en vertu duquel l'enfant succède au lieu de son père » ou de sa mère, qui est décédé avant que la succession soit ouverte. » *V.* tome 1, page 259, et page 12 de la 5e édition.

en apparence, en faisant dériver d'un même principe plusieurs décisions qui ne dérivaient pas de la même source.

La définition des docteurs, suivie par des jurisconsultes d'un grand nom, a passé dans le Code, qui définit la représentation « une *fiction* « de la loi dont l'effet est de faire entrer le représentant dans la « place, dans le degré et dans les droits du représenté » (art. 739).

Il eût été plus convenable et plus conforme à la vérité de dire que la représentation est *une disposition de la loi;* ou plutôt il eût été préférable de s'en tenir à ce qu'avait d'abord arrêté le Conseil d'état, c'est-à-dire de retrancher du Code les définitions, qui sont toujours dangereuses, parce qu'il est difficile qu'elles ne soient pas ou qu'elles ne deviennent pas inexactes.

C'est ce qui est arrivé à la définition de la représentation adoptée par le Code; elle se trouve aujourd'hui imparfaite et inapplicable aux majorats, que la fille de l'aîné ne recueille pas dans la succession de son aïeul, quoiqu'elle y vienne par représentation de son père : il n'est donc pas toujours vrai de dire que la représentation fait entrer le représentant dans les droits du représenté. On en avait déjà fait la remarque sous l'ancienne jurisprudence, à l'égard des coutumes où les filles ne recueillaient pas les droits de masculinité qu'aurait eus le père (*voy.* Guyné, *ubi sup.*, pag. 3 et 4).

190. La représentation était reçue en France de tant de manières diverses, et si contraires les unes aux autres, qu'il serait inutile d'expliquer aujourd'hui comment un droit qui procède d'un seul principe, pouvait produire des effets si différens.

La loi du 17 nivôse an II (art. 77) établit une règle uniforme, en admettant la représentation à l'infini, tant en ligne directe qu'en collatérale. Nous avons déjà indiqué quel était l'esprit de cette loi, et les inconvéniens que faisait naître la représentation infinie en collatérale. Le Code les a fait cesser.

Il distingue entre la ligne descendante, la ligne ascendante et la collatérale.

191. « La représentation a lieu à l'infini dans la ligne directe « descendante.

« Elle est admise dans tous les cas, soit que les enfans du défunt « concourent avec les descendans d'un enfant prédécédé, soit que « tous les enfans du défunt étant morts avant lui, les descendans des- « dits enfans se trouvent entre eux en degrés égaux ou inégaux » (art. 740) (*a*).

(*a*) La représentation a lieu en faveur des descendans de l'adopté venant à la succession de l'adoptant. Cass., 2 décembre 1822; Sir., 23, 1, 74; Dall. 20, 1, 489 : Paris, 27 janvier 1824; Sir., 25, 2, 131; Dall. t. 1, 314

192. De cette disposition, conforme au droit romain (1), il résulte que c'est autant contre les petits-enfans qu'en leur faveur, que la représentation est établie; car si elle leur est favorable en un cas, elle leur est contraire dans un autre : elle a pour objet de les empêcher de prendre dans la succession une portion plus forte que celle qu'aurait eue leur père, moins parce qu'ils le représentent, que parce que chaque famille n'est qu'une personne ou une unité morale, quel que soit le nombre des individus qui la composent. La représentation, comme nous l'avons déjà observé, est donc une limitation plutôt qu'une extension du droit des enfans; ce n'est ni une faveur ni un bienfait (*a*).

193. Après avoir établi la représentation à l'infini dans la ligne descendante, le Code passe à la ligne ascendante. L'art. 741 porte : « La représentation n'a pas lieu en faveur des ascendans; le plus « proche, dans chacune des deux lignes, exclût toujours le plus « éloigné. »

Remarquez qu'il y a dans cet article deux dispositions distinctes, et que la seconde limite et modifie la première.

La première répète le principe ancien, que la représentation n'a pas lieu en ligne ascendante; maxime qui nous paraît fondée sur la nature des choses, car nous avons vu que la représentation n'est que le partage par famille : or, les familles sont les individus issus du même père, du dernier auteur commun : *Appellatur familia plurium personarum quæ ab ejusdem* ULTIMI *genitoris sanguine proficiscuntur*. Leg. 195, § 4, *ff. de V. S.* (*b*).

L'ascendant le plus proche, *ultimus*, étant toujours le chef de la famille descendante, l'ascendant supérieur n'en fait point partie, et ne peut par conséquent réclamer le partage par famille, tandis qu'il existe un chef de la famille descendante.

De là il suit que, s'il existe plusieurs ascendans en degrés inégaux, le plus proche exclut tous les autres : c'est aussi ce qu'ordonnait la Novelle 118, chap. 2 : « *Si plurimi ascendentium vivunt, hos præ-*

(1) *Item si ex duobus filiis nepotes neptesve existant, ex altero unus forte aut duo; ex altero tres aut quatuor : ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel quatuor altera dimidia. Instit.*, lib. 3 tit. 1, § 6, *in fine*. — (*a*) *V.* les notes du n° 182. — (*b*) « L'affection de l'homme, a dit le rapporteur du Tribunat, s'étend à tous ses descendans : tous lui sont également chers. Ceux qui survivent remplacent dans son cœur ceux qui sont décédés : tous sont ses enfans; la représentation ne doit donc pas avoir de limites en ligne directe descendante. Il ne doit pas en être de même en ligne directe ascendante. L'enfant doit avoir et a réellement plus de tendresse pour son père que pour son aïeul, et plus ses ascendans sont éloignés de lui, moins il éprouve pour eux de cette affection vive et spontanée que la nature elle-même inspire. Les ascendans les plus proches doivent donc exclure des successions les ascendans les plus éloignés, et il ne peut y avoir entre eux de représentation. »

« *poni jubemus qui proximi gradu reperiuntur, masculos et femi-*
« *nas; sive paterni, sive materni sint.* »

Ainsi, quand il se trouvait un père ou une mère d'un côté, et de l'autre, un aïeul et une aïeule, le père et la mère excluaient l'aïeul et l'aïeule.

194. Il en est autrement par les dispositions du Code, qui admet, sous un autre nom, une sorte de représentation ou de partage par famille, entre les ascendans du défunt, dans le cas où il laisse pour héritiers, par exemple, deux ascendans maternels et un seul paternel.

La succession se divise par moitié : les deux ascendans maternels, quoique plus éloignés, prennent la portion qu'aurait eue leur fille, mère du défunt. Ils ne sont pas exclus par le père, plus proche en degré, resté seul chef de la famille, *ultimus genitor;* ce n'est qu'en *chacune des deux lignes* que le plus proche exclut le plus éloigné. Sans cette limitation, le père exclurait les aïeuls maternels, en vertu de la règle qui rejette la représentation en ligne ascendante.

De même, dans le cas où des ascendans en degrés égaux, mais de deux lignes différentes, succèdent au suppôt commun, par exemple, l'aïeul et l'aïeule paternels avec l'aïeul maternel, le partage se fait entre eux par souche et non par tête. Les deux ascendans paternels prennent la part qu'aurait eue leur fils, l'aïeul maternel celle qu'aurait eue sa fille. Ils représentent donc leurs descendans, comme les enfans représentent leurs ascendans, en vertu de leur représentation en ligne descendante.

Il y a donc réellement une sorte de représentation ou de partage par famille (1), toutes les fois que des ascendans de deux lignes concourent à la succession du suppôt commun : c'est une conséquence du principe par lequel, en abolissant la règle *paterna paternis*, on y a substitué celle de la division des biens entre les deux lignes, dans les successions ascendantes et collatérales. La maxime que la représentation n'a pas lieu en faveur des ascendans (741), et que les ascendans succèdent par tête (746, § 3), n'est donc vraie que lorsqu'il s'agit de la subdivision des biens dans chacune des lignes, ou famille paternelle ou maternelle, parce qu'alors, suivant le principe de l'article 734, il ne se fait plus de division entre les branches. La moitié dévolue à chaque ligne appartient à l'héritier le plus proche en degré; c'est aussi ce que dit notre art. 741 : « le plus proche (ascen-
« dant) *dans chacune des deux lignes*, exclut toujours le plus
« éloigné. »

(1) Comme l'a très bien vu Gudelinus, *de jur. noviss.*, lib. 2, cap. 14, page 74, col A, *in fine*, édition de Arnheim, 1601.

La Novelle 118, chap. 2, après avoir ordonné que l'ascendant le plus proche exclurait tous les autres ascendans, même dans l'autre ligne, ce que n'admet point le Code, avait néanmoins voulu que si plusieurs ascendans de diverses lignes, mais en degrés égaux, concouraient à la succession du suppôt commun, les biens fussent divisés par moitié entre les deux lignes, comme ils le sont par le Code. On avait remarqué que c'était une irrégularité, parce qu'en effet, si l'ascendant le plus proche excluait les plus éloignés, même de l'autre ligne, on devait ordonner le partage par tête en égalité de degrés.

Le Code civil est plus conséquent, mais aussi il s'écarte davantage de la maxime que la représentation n'a pas lieu en ligne ascendante.

Si l'on prétendait que la division entre les lignes n'est pas une représentation, puisqu'elle se fait même dans le concours des collatéraux d'une ligne avec les ascendans de l'autre ligne, nous répondrions que c'est disputer sur les mots; que la division des biens par ligne est, en d'autres termes, une vraie représentation; qu'elle en a tous les effets, puisqu'elle met les ascendans ou les collatéraux dans la place et dans les droits du père et de la mère du défunt. Elle produit, à l'égard de la moitié de tous les biens, le même effet que la règle *paterna paternis* produisait, en vertu de la représentation, à l'égard des propres dans les pays de coutumes; mais les ascendans ne pouvaient succéder aux propres, qui ne remontaient jamais, suivant une maxime dérivée du droit féodal, dont le principe était que les ascendans ne succèdent point aux fiefs (1).

Quant aux acquêts et aux meubles, les ascendans y succédaient, souvent même à l'exclusion des frères et sœurs et des collatéraux.

195. Voyons maintenant comment le Code admet la représentation en collatérale.

Au lieu de la représentation infinie, admise par la loi du 17 nivôse an II, à l'exemple de plusieurs coutumes, le Code limite la représentation en collatérale aux enfans et descendans des frères et sœurs du défunt, à l'exemple de la Coutume de Paris (2) et de beaucoup d'autres.

---

(1 *Successionis feudi talis est natura, quod ascendentes nunquàm succedant.* Feud., liv. 2, tit. L; Blackstone, tome 2, page 211, édition de Londres, 1783, in-8°; Houard, sur Littleton, page 14. — (2) Art. 320, Loisel, liv. 2, tit. 5, reg. 5. — (Cette règle avait subi de graves modifications dans le dernier état du droit coutumier. « Par l'ancien droit des fiefs qui avait été étendu aux successions des autres biens, dit Pothier sur l'art. 314 de la *Coutume d'Orléans*, les père et mère et autres ascendans ne succédaient jamais à leurs descendans, suivant qu'il paraît par les autorités rapportées par Laurière sur l'art. 312 de Paris. Cet ancien droit n'a plus lieu et la règle *propre ne remonte*, n'a lieu que

Mais il est inexact de dire qu'elle est admise en leur faveur, puisqu'elle l'est également contre eux, dans le cas où les frères et sœurs du défunt étant prédécédés, la succession se trouve dévolue à leurs descendans en degrés égaux (742).

196. C'était autrefois, à l'école et au barreau, une grande question de savoir si, dans ce cas, les neveux qui se trouvent en degrés egaux devaient succéder par têtes ou par souches. Azon prétendait qu'ils devaient succéder par têtes; Accurse, qu'ils devaient succéder par souches. Les docteurs étaient partagés entre ces deux interprètes, et les arrêts avaient alternativement consacré l'une et l'autre de ces deux opinions en différens temps. Enfin, lors de la réformation des coutumes, le sentiment d'Azon prévalut, et la Coutume de Paris (1) ordonna le partage par têtes.

Il était alors vrai de dire que la représentation n'était admise qu'en faveur des neveux; mais le Code a préféré l'opinion d'Accurse, en ordonnant que le partage sera fait par souches, lorsque des neveux en degrés égaux concourent à la succession d'un oncle ou d'une tante. Ainsi, la représentation est contre les neveux aussi bien qu'en leur faveur.

197. On ne peut représenter les personnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes naturellement ou civilement (744, 787).

Tandis que le père vit, il est le chef de sa famille : tous les droits de sa famille reposent sur sa tête. Les enfans n'ont rien à prétendre de son vivant. S'il renonce à une succession, ils ne peuvent pas plus critiquer sa renonciation que l'aliénation qu'il en aurait faite (2). Ses droits sont dévolus par accroissement à ses cohéritiers, s'il en a (786).

S'il n'en a point, s'il était seul, ils sont dévolus au degré subsé-

---

lorsque les ascendans sont d'une autre ligne que celle d'où le propre procède. C'est ce qu'observe Dumoulin sur l'art. 107 d'Artois et sur l'art. 3 du chap. 12 d'Auvergne. Mais lorsqu'ils sont de la ligne, ils y succèdent : *infrà*, art. 317.] »

(1) Art. 321, et *ibi* Delaurière; Guyné, *de la Représentation*, page 169. — (2) C'est, je crois, tout ce qu'on peut dire pour justifier le principe qu'on ne peut représenter une personne vivante; mais il faut convenir que ce principe est une loi arbitraire, et qui n'est pas fondée sur la nature des choses. La preuve en est que, dans l'ancien droit romain, les enfans du fils émancipé prenaient la part de leur père, qui, par l'émancipation, était exclu du droit de succéder; ils le représentaient, quoiqu'il fût vivant. *Instit.*, lib. 3, tit. 1, § 2. *Ità demùm tamen nepos neptisve, pronepos proneptisve suorum hæredum numero sunt, si præcedens persona desierit in potestate parentis esse : sive morte id acciderit, sive aliâ ratione, velut emancipatione.* Ainsi, l'exclusion du fils de la succession du père, soit par mort, soit autrement, faisait appeler ses enfans à sa place quoiqu'il fût vivant.—[Les enfans du fils émancipé prenaient la part de leur père, parce que, d'après le droit civil romain, les enfans émancipés étaient considérés, relativement à leurs droits de famille, comme n'existant pas.]

quent; et, dans ce cas, les enfans du renonçant peuvent succéder de leur chef : il est censé n'avoir jamais été héritier (785).

Mais alors, comme ils ne viennent point par représentation, ils succèdent par têtes, soit entre eux, soit avec d'autres héritiers au même degré, s'il s'en trouve. Si l'un des enfans était mort laissant des descendans, ils seraient exclus par leurs oncles ou tantes, en vertu de la proximité du degré (1) (787).

198. Du principe qu'on ne peut représenter une personne vivante, il s'ensuit que les enfans de celui qui a été déclaré indigne ne peuvent le représenter (2) (730), comme nous l'avons dit *suprà*, n° 112.

Mais peut-on représenter une personne qui eût été incapable, si elle avait survécu?

Cette question, beaucoup moins importante qu'autrefois (3), parce que les incapacités sont extrêmement réduites, ne peut guère s'élever qu'au sujet des enfans d'un étranger, ou d'un Français qui a perdu cette qualité de l'une des manières indiquées par l'art. 17 du Code, et qui est mort avant l'ouverture de la succession.

Il paraît qu'il faut décider contre les enfans, par une conséquence directe de l'art. 739, qui porte que la représentation fait entrer les représentans dans les droits du représenté. Donc, si ce dernier n'eût pu rien prétendre dans la succession, en cas qu'il eût survécu à son ouverture, son représentant n'y peut non plus rien prétendre (*a*).

199. Nous avons établi ci-dessus, n° 186, que celui qui vient par représentation n'en succède pas moins *jure suo;* ainsi, on peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé (744).

200. La représentation, comme nous l'avons dit, n'étant pas autre chose que le partage par familles, il en résulte que, « dans tous « les cas où la représentation est admise, le partage s'opère par « souches; si une souche a produit plusieurs branches, la subdivision « se fait aussi par souches dans chaque branche, et les membres de « la même branche partagent entre eux par têtes » (743).

---

(1) Mais *V.* la remarque que nous avons faite sur la 2e règle de la section suivante. — [Il est bien difficile de saisir l'espèce qui est prévue par cet alinéa.] — (2) Chabot, *Traité des Successions;* le *Nouveau Répertoire*, vo Représentation, page 256, sect. 4, § 3, no 7. — (3) *V.* le *Nouv. Rép., ubi suprà.* — (*a*) Aux termes de la loi du 14 juillet 1819, les étrangers ont le droit de succéder de la même manière que les Français dans toute l'étendue du royaume. *V.* la note du no 102.

## SECTION III.

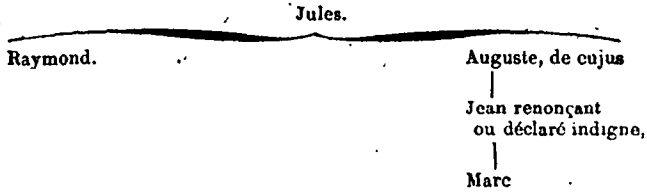
*Des successions déférées aux descendans.*

SOMMAIRE.

201. Les descendans sont appelés en premier ordre.
202. Ils excluent tous les ascendans et collatéraux, même plus proches en degré.
203. Mais les droits des descendans entre eux sont réglés par la proximité du degré; comment ils partagent; quand les uns excluent les autres.
204. La circonstance qu'ils sont issus de divers mariages est indifférente.

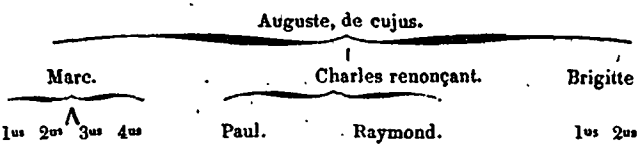
201. Nous avons déjà dit, n° 167, qu'en suivant le vœu de la nature, la loi appelle en premier ordre, à l'exclusion de tous autres parens ascendans ou collatéraux, les descendans d'une personne décédée. L'art. 745, porte : « Les enfans ou leurs descendans succè-« dent à leur père et mère, aïeuls ou aïeules, ou autres ascendans, « sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore qu'ils soient « issus de différens mariages. »

202. Cette vocation des descendans du défunt, à l'exclusion des autres ordres ou lignes, est indépendante de la proximité du degré. Ils excluent tous les autres parens ascendans ou collatéraux d'un degré égal, ou même plus rapproché du défunt. Par exemple :




Marc ne pouvant représenter Jean, son père, renonçant ou déclaré indigne (*vid. sup.*, n° 197 et 198), reste parent d'Auguste, son aïeul, au second degré. Cependant il exclut de la succession et Jules, père d'Auguste, qui est au premier degré, et Raymond, frère, qui est au second, parce que les parens de la ligne ascendante, et ceux de la ligne collatérale, même les frères, ne sont appelés à succéder que dans le cas seulement où le défunt ne laisse point de postérité (750).

203. Mais si Auguste avait laissé plusieurs enfans et petits-enfans, l'étendue du droit de chacun d'eux, relativement aux autres, serait réglé par la proximité du degré. « Ils succèdent par égales « portions, dit l'art. 745, et par tête, quand ils sont au premier « degré et appelés de leur chef; ils succèdent par souches, lorsqu'ils « viennent tous ou en partie, par représentation. » Par exemple :




Marc et Brigitte, sa sœur, succéderont à leur père par égales portions, parce qu'ils sont au même degré, et appelés de leur chef. Si Brigitte était décédée, ses deux enfans étant replacés au degré de leur mère, par l'effet de la représentation, succéderaient concurremment avec Marc, leur oncle; mais ils succéderaient par souche; ils ne recueilleraient que la portion qu'aurait eue leur mère, c'est-à-dire la moitié des biens, qu'ils partageraient également entre eux. Ainsi, chacun d'eux n'aurait qu'un quart de la succession, tandis que Marc en aurait la moitié. Les enfans de Charles ne pourraient succéder, parce que, faute de pouvoir représenter leur père, ils restent placés au second degré.

Si Marc et Brigitte étaient décédés tous les deux, leurs enfans concourraient ensemble à la succession, et la partageraient par souches. Ils recueilleraient, les uns, la moitié qu'aurait eue Marc, pour la partager également entre eux; les autres, la portion qu'aurait eue Brigitte, pour la partager aussi également entre eux. Ainsi, les enfans de Marc auraient chacun un huitième, ceux de Brigitte chacun un quart.

Si Marc et Brigitte étaient l'un et l'autre déclarés indignes, leurs enfans, ne pouvant les représenter, se trouveraient au même degré que ceux de Charles. Tous succéderaient de leur chef et partageraient la succession également et par tête. Chacun d'eux aurait un huitième.

204. Peu importe, au reste, que les descendans qui viennent de leur chef ou autrement à la succession d'un ascendant commun, soient issus de différens mariages, ils n'en sont pas moins tous ses enfans ou ses petits-enfans. Le double lien ne peut influer sur la manière de succéder qu'au degré de frère, de sœur ou de descendans d'eux (*a*).

(*a*) Ou plus exactement « qu'au cas où la succession est déférée à des collatéraux. » Le double lien peut exister à des degrés autres que ceux de frère et sœur et de leurs descendans. Il serait facile d'en citer des exemples. *V.* notamment Rouen, 22 janvier 1841; Journ. du Palais, tome I, 1841, page 298.

## SECTION IV.

*Des successions déférées aux ascendans*

SOMMAIRE.

205. A défaut de postérité du défunt, s'il ne laisse ni frères ni sœurs, ni descendans d'eux, la succession se divise par moitié entre les ascendans des deux lignes, qui excluent tous les collatéraux, chacun dans leur ligne.
206. Les ascendans d'une ligne, quoique plus proches que ceux de l'autre ligne, ne les excluent pas.
207. L'ascendant le plus proche exclut les autres dans chaque ligne. Point de représentation en faveur des ascendans.
208. En égalité de degré, les ascendans de la même ligne succèdent par tête.
209. S'il n'y a d'ascendans que dans une ligne, les collatéraux de l'autre ligne concourent avec eux.
210. Si c'est le père ou la mère qui survit, il a de plus l'usufruit du tiers de l'autre moitié des biens affectés à l'autre ligne.
211. Si le défunt laisse des frères, des sœurs, ou des descendans d'eux, ils partagent la succession par moitié avec les père et mère. Si l'un de ces derniers est prédécédé, le survivant a un quart, les frères ou sœurs les trois quarts.
212. Ceux-ci excluent tous les autres ascendans, même d'une autre ligne.

205, S'il n'existe point de descendans, la succession se divise en deux parts égales; l'une pour les parens de la ligne paternelle, l'autre pour les parens de la ligne maternelle (733). C'est la règle générale, qui ne souffre exception qu'en faveur des frères ou sœurs consanguins ou utérins, en concours avec des collatéraux non descendus de frère ou de sœur, ou avec des ascendans autres que le père ou la mère.

« Si le défunt ne laisse ni postérité, ni frère, ni sœur, ni descendans d'eux (mais des ascendans dans les deux lignes), la succession se divise par moitié entre les ascendans de la ligne paternelle « et les ascendans de la ligne maternelle (746). » Ils excluent tous les collatéraux, chacun dans leur ligne.

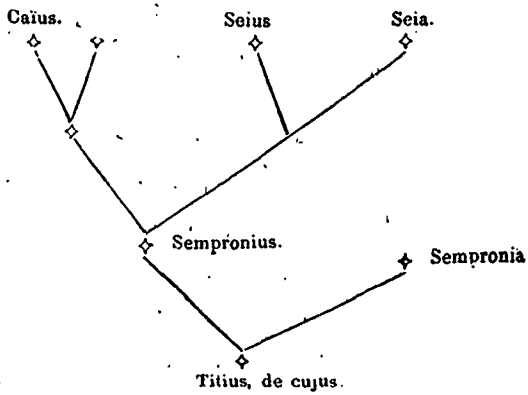
206. Les ascendans d'une ligne, quoique plus proches en degré, n'excluent pas les ascendans plus éloignés de l'autre ligne. Ainsi le père n'exclut pas l'aïeul maternel.

207. L'ascendant qui se trouve au degré le plus proche, recueille la moitié affectée à sa ligne à l'exclusion de tous autres (746). Ainsi, l'aïeul paternel recueille seul la moitié affectée à la ligne paternelle, à l'exclusion des bisaïeuls dont était issue son épouse, aïeule paternelle du défunt. Ils ne peuvent la représenter; car la représentation n'a pas lieu en faveur des ascendans. Le plus proche dans chacune des deux lignes exclut toujours le plus éloigné (741).

208. « Les ascendans (de la même ligne) au même degré succèdent par tête (746). »

Ainsi le bisaïeul, père de l'aïeul paternel, succède par tête, avec

le bisaïeul et la bisaïeule, père et mère de l'aïeule paternelle, comme dans l'exemple suivant :




Caïus, Seius et Seia succèdent par tête à Titius, leur arrière-petit-fils. Ils partageront la succession par tiers. Caïus n'en pourra prétendre la moitié; car, après la division d'une succession entre les deux lignes paternelle et maternelle, il ne se fait plus de subdivision ou de refente entre la ligne paternelle du paternel, et la ligne maternelle du paternel.

209. Voyons maintenant le cas où, toujours à défaut de postérité et de frères, sœurs ou descendans d'eux, il ne se trouve d'ascendans que dans une ligne : les collatéraux de l'autre ligne sont alors appelés à recueillir la moitié de la succession affectée à cette ligne (*a*).

210. Mais, si c'est le père ou la mère qui couvre l'autre ligne, l'art. 754 lui donne, outre la moitié qu'il recueille en pleine propriété, « l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en « propriété (*b*). »

---

(*a* La parenté directe n'absorbe point la parenté collatérale. Ainsi, lorsqu'un individu né d'un père et d'une mère, qui étaient cousins germains, est décédé sans postérité, sa succession a pu être recueillie en totalité par sa mère en sa double qualité d'ascendante au premier degré dans la ligne maternelle et de parente collatérale au plus proche degré dans l'autre ligne. Rouen, 22 janvier 1841; Journ. du Palais, t. 1, 1841, p. 298. — (*b*) « Nous avons conservé dans ce cas au père ou à la mère survivant, disait M. Treilhard, l'usufruit du tiers des biens dévolus aux collatéraux; faible consolation sans doute pour le père ou la mère, mais consolation qui pourra leur procurer du soulagement dans l'âge des infirmités et des besoins. Cette disposition est encore fondée sur la volonté présumée du fils qui certainement n'eût pas voulu, pour hâter la jouissance des collatéraux, laisser dans la détresse les auteurs de ses jours (*V.* Locré, tome 10, p. 190). » Le père ou la mère survivant n'est pas dispensé de fournir la caution de jouir en bon père de famille (Chabot, art. 754, n° 4); Duranton, tome 4, nos 483 et 608.

211. Si le défunt décédé sans postérité laisse pour successibles des ascendans dans les deux lignes, ou dans une seule, et des frères, sœurs, ou des descendans d'eux, la vocation des ascendans change, les frères, sœurs ou descendans d'eux, forment une classe de successibles privilégiés, auxquels le Code accorde des prérogatives qu'il refuse aux autres collatéraux.

Si le père et la mère du défunt lui ont survécu, la succession se divise en deux portions égales, dont moitié seulement est déférée au père et à la mère, qui se partagent entre eux également; l'autre moitié appartient aux frères, sœurs ou descendans d'eux (748, 751).

Si le père seul ou la mère seule a survécu au défunt (*a*), la portion qui aurait été dévolue au prédécédé, c'est-à-dire le quart des biens, se réunit à la moitié déférée aux frères, sœurs, ou aux descendans d'eux (749, 751).

212. Si le défunt n'a laissé ni père ni mère, les frères, sœurs, ou les descendans d'eux excluent tous les autres ascendans (750), même d'une autre ligne.

## SECTION V.

*Des successions collatérales.*

SOMMAIRE.

213. Deux classes de successibles en collatérale, 1° les frères ou sœurs, ou les descendans d'eux; 2° les autres collatéraux.
214. Prérogatives accordées aux frères, sœurs, ou descendans d'eux; ils forment une classe privilégiée dans l'ordre collatéral.
215. Les frères germains et leurs enfans seulement formaient une classe privilégiée dans l'ordre collatéral, suivant la Novelle 118, et en quoi.
216. Le Code civil a étendu ces prérogatives aux frères et sœurs consanguins ou utérins, et aux descendans d'eux.
217. Leur vocation attachée à leur qualité personnelle, est indépendante de la proximité du degré. Ils excluent les ascendans et collatéraux plus proches.
218. Réponse à une objection tirée de l'art. 749. Trois cas seulement où la représentation est nécessaire aux descendans de frères ou sœurs. Elle leur est inutile pour exclure les ascendans et autres collatéraux.
219. Mais elle leur est nécessaire pour régler les droits de chacun, en cas de concours avec des frères ou sœurs, ou en cas de descendans d'eux en degrés égaux ou inégaux.
220. Explication des art. 749 et 750.
221. Explication de l'art. 752. Règlement des droits des frères et sœurs germains, consanguins ou utérins, qui concourent à la succession. Exception en leur faveur, à la division entre les deux lignes; ils excluent les ascendans et collatéraux de l'autre ligne.
222. Les enfans et descendans de frères ou sœurs consanguins ou utérins jouissent des mêmes prérogatives, en cas de prédécès de leurs père et mère.

(*a*) Ajoutez : « ou si l'un des deux renonce ou est indigne. »

223. A défaut de frères, sœurs, ou descendans d'eux, la succession se divise en deux lignes, mais sans refente ou subdivision dans chaque ligne.
224. Le plus proche exclut les plus éloignés, sans considérer s'ils sont descendus d'un ascendant plus proche, et aussi sans considération du lien de parenté double ou simple.
225. Les collatéraux égaux en degrés succèdent par tête.
226. Point de dévolution d'une ligne à l'autre, qu'à défaut de parens successibles; on ne succède pas au-delà du 12e degré

213. Dans l'ordre collatéral, le Code distingue deux classes de successibles :

1° Les frères et sœurs, et les descendans d'eux;

2° Tous les autres collatéraux non descendus de frères ou de sœurs.

214. Le Code accorde aux premiers des prérogatives qu'il refuse à tous les autres collatéraux.

Ils sont appelés à la succession, en concurrence avec les père et mère du défunt (748-751-752).

Ils sont appelés *à l'exclusion* des autres ascendans et collatéraux (750, 753).

Enfin, quoiqu'ils ne soient pas unis au frère ou sœur défunt par le double lien du sang, et qu'ils ne soient que frères ou sœurs consanguins ou utérins, ils concourent néanmoins avec les père et mère du défunt, ils excluent néanmoins les autres ascendans et les collatéraux de l'autre ligne, le Code faisant en leur faveur une exception au principe général de la division de la succession entre les deux lignes paternelle et maternelle (752).

Les frères, sœurs et les descendans d'eux, forment donc incontestablement, sous l'empire du Code, une classe particulière de successibles ou de collatéraux privilégiés.

215. Suivant le droit de Justinien, les frères et sœurs, mais seulement les germains, formaient aussi une classe de collatéraux privilégiés. La Novelle 118 leur accordait des prérogatives qu'elle refusait aux autres collatéraux; elle appelait au premier ordre les descendans qui excluaient tous les ascendans et tous les collatéraux. Cette disposition, conforme au vœu de la nature, est adoptée par le Code.

Les ascendans étaient appelés à défaut de descendans; ils excluaient les collatéraux : c'était la règle générale, qui n'était soumise qu'à une seule exception, en faveur des frères ou sœurs germains admis à concourir ou à succéder par tête avec les ascendans. Les enfans des frères et sœurs ne l'étaient pas, à moins qu'ils n'eussent d'autres frères ou sœurs avec lesquels ils concouraient comme eût fait leur père (1).

(1) *V.* sur tout cela les *Novelles* 118 et 127; Cujas, sur les *Novelles*; Heinéc-

Dans l'ordre collatéral, la Novelle 118 appelait d'abord les frères et sœurs germains, et elle admettait à concourir avec eux les enfans de frères et sœurs germains, quoiqu'ils fussent au troisième degré; mais cette prérogative n'était accordée qu'aux seuls enfans de frères ou de sœurs, et non pas à tous leurs descendans.

S'il n'y avait ni frères, ni sœurs, ni enfans de frères ou de sœurs, tous les autres collatéraux étaient appelés indifféremment, sans aucune autre préférence que la proximité de leur degré de parenté. Les plus proches excluaient les plus éloignés.

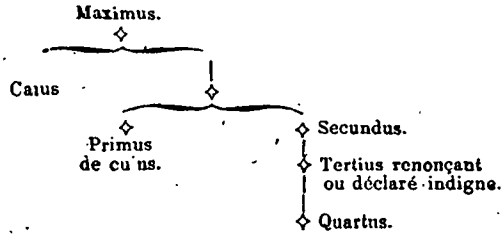
Les frères et sœurs et les enfans de frères ou de sœurs germains avaient donc, dans le droit romain, des prérogatives que n'avaient pas les autres collatéraux. Ils concouraient avec les ascendans, les neveux succédaient avec leurs oncles, comme eût fait leur père. C'est, l'origine de la représentation en collatérale.

216. Le Code a augmenté les prérogatives des frères et sœurs, et de plus, au lieu de borner ces prérogatives aux frères germains, à leurs enfans, ainsi que le droit romain, il les a étendues aux frères et sœurs consanguins ou utérins, et à tous les descendans de frères ou sœurs : ils sont appelés à la succession avec les père et mère (748). Ils sont appelés *à l'exclusion* des autres ascendans et des autres collatéraux, même de l'autre ligne (750). Ils sont donc appelés indépendamment de la proximité du degré de parenté de ces ascendans ou collatéraux; autrement, il serait inutile de dire qu'ils sont appelés *à leur exclusion*. La proximité du degré n'est un titre d'exclusion qu'à l'égard des collatéraux autres que les frères et sœurs, ou les descendans d'eux. Ce n'est qu'à défaut de ces derniers, que les collatéraux les plus proches sont appelés (753).

217. La *vocation* des frères, sœurs, et des descendans d'eux, à l'exclusion des ascendans et autres collatéraux, étant indépendante de la proximité du degré, et attachée à leur qualité, il s'ensuit que le petit-fils d'un frère appelé à la succession de son grand-oncle, exclut l'aïeul et l'oncle du défunt, tous les deux plus proches en degré, quoiqu'il ne puisse représenter son aïeul, frère du défunt, comme dans le tableau suivant :

---

cius, *Elem. jur. civ.*, §§ 754 et 755, *et ejusd. Recitat* ; Gudelinus, *de Jur. noviss.*, *lib.* 2, *cap.* 14. Ce dernier auteur pense que les enfans des frères ou sœurs étaient admis à concourir avec les ascendans, lors même qu'il n'y avait pas d'autres frère ou sœur vivans. C'est une question assez inutile à approfondir aujourd'hui.




Primus meurt, laissant pour héritier présomptif Tertius, son neveu, qui renonce à la succession, ou qui en est déclaré indigne. Quartus, petit-neveu de Primus, son parent au quatrième degré, exclura non-seulement Caïus, oncle du défunt, parent au troisième degré, mais Maximus, aïeul, parent au second degré.

Pourquoi cela? Parce que l'art. 750 appelle les descendans des frères ou sœurs *à l'exclusion des ascendans et des autres collatéraux*, et que Quartus, malgré la renonciation ou l'indignité de Tertius son père, n'en est pas moins descendu de Secundus frère du défunt.

218. On pourrait dire que les descendans de frères et sœurs ne sont appelés *à l'exclusion* des ascendans et des autres collatéraux, qu'au moyen de la représentation qui les replace au degré de frère ou de sœur. On induirait la nécessité de cette représentation du texte de l'art. 749, qui porte : « Dans le cas où la personne morte sans « postérité laisse des frères, sœurs ou des *descendans d'eux*, si le « père ou la mère est prédécédé, la portion qui lui aurait été dévolue, « conformément au précédent article (c'est-à-dire un quart de la « succession), se réunit à la moitié de la succession déférée aux « frères, sœurs ou à *leurs représentans*, ainsi qu'il sera expliqué à « la sect. 5 du présent chapitre. »

Mais de ce que la seconde partie de cet article emploie le mot *représentans* pour désigner les descendans de frères ou de sœurs, on n'en peut raisonnablement induire qu'ils ne sont appelés à l'exclusion des ascendans et autres collatéraux, qu'au moyen de la représentation qui les replace au degré de frères ou de sœurs; car il est certain que ce n'est qu'à l'égard des descendans de frères *entre eux*, ou *avec des frères et sœurs survivans*, que la représentation est nécessaire, soit pour empêcher que les oncles et tantes excluent leurs neveux et nièces, plus éloignés qu'eux en degré, soit pour empêcher ceux-ci de réclamer le partage par tête, et pour borner leurs droits au partage par souche. C'est ce qui résulte de l'art. 742, qui établit la représentation en collatérale, et qui en indique l'objet. Il porte : « En « ligne collatérale, la représentation est admise en faveur des en-

« fans et descendans de frères ou sœurs du défunt, soit qu'ils vien-
« nent à sa succession concurremment avec des oncles ou tantes, soit
« que, tous les frères et sœurs du défunt étant prédécédés, la suc-
« cession se trouve dévolue à leurs descendans en degrés égaux ou
« inégaux. »

Ainsi, trois cas où la représentation est nécessaire aux descendans de frères ou de sœurs :

1° Pour empêcher les frères ou sœurs d'exclure leurs neveux ou nièces par la proximité du degré;

2° Pour empêcher les descendans de frères ou sœurs plus proches du défunt, d'exclure les descendans de frères ou sœurs plus éloignés;

3° Pour opérer le partage par souches entre les descendans de frères ou sœurs, parens du défunt en égal degré.

Il n'existe dans le Code aucune disposition qui étende la représentation à d'autres cas. Il n'en existe surtout aucune qui l'exige, quand il s'agit de régler l'ordre de *vocation* ou la préférence entre les diverses classes de successibles les unes à l'exclusion des autres. Une pareille disposition ne peut même exister, parce qu'elle s'écarterait du but pour lequel la représentation a été établie, qui est de replacer le représentant dans le degré du représenté : ce n'est donc point la proximité du degré des parens existans dans un ordre ou classe de successibles, qui leur fait donner la préférence sur des parens d'une autre classe, ou qui leur fait donner le droit de concourir avec eux. Ce n'est qu'entre les parens de même ordre ou classe que la représentation est nécessaire, pour régler et partager les droits qui leur sont accordés à l'exclusion d'une autre classe.

Par exemple, les descendans sont appelés de préférence aux ascendans, indépendamment de la proximité du degré. Si donc il s'agit de déterminer lequel du père du défunt ou de son fils doit être de préférence appelé à la succession, ce n'est point la proximité que la loi considère, car le père et le fils du défunt sont au même degré, tous les deux au premier degré dans la ligne directe; mais l'art. 745 appelle à la succession *les enfans ou leurs descendans*, de préférence aux ascendans, que l'article 746 n'appelle qu'à défaut *de postérité* du défunt. L'art. 745 n'exige point que les *descendans*, désignés indéfiniment par l'art. 746 sous le nom de *postérité*, soient les représentans du fils ou de la fille du défunt dans le sens légal. C'est à leur *qualité personnelle de descendans* qu'est attachée leur *vocation*, de préférence à tous ascendans et collatéraux. A quoi donc leur servirait la représentation? A les placer au degré de fils ou de fille? Mais alors ils ne seraient pas plus proches du défunt que son père. Tenons donc pour certain que la vocation des descendans, de préfé-

rence à tous autres parens ascendans ou collatéraux, n'est point fondée sur la proximité du degré, mais sur la qualité *personnelle de descendans* du défunt.

Il n'est donc besoin du secours de la représentation que lorsqu'il se trouve plusieurs descendans, les uns au premier, les autres au second degré, ou bien tous au deuxième ou troisième degré. Elle est alors nécessaire pour régler leurs droits *entre eux*, suivant l'art. 740, et suivant la disposition finale de l'art. 745.

De même, dans la classe des collatéraux, l'art. 750 appelle d'abord les frères, sœurs *ou leurs descendans, à l'exclusion des ascendans et des autres collatéraux*. C'est la seule *qualité personnelle*, soit de frères ou sœurs, soit de *descendans d'eux*, que considère la première disposition de cet article, et non pas le degré de parenté. Autrement, elle aurait admis en concurrence les aïeuls et aïeules, parens du défunt au même degré que ses frères et sœurs, les premiers au second degré dans la ligne ascendante, les seconds au même degré dans la ligne collatérale. Il y aurait donc contradiction palpable à soutenir que l'art. 750 considère le degré de parenté dans la vocation exclusive des frères et sœurs, et des descendans d'eux, de préférence aux ascendans. Il ne considère réellement que leur *qualité personnelle*.

219. Mais s'il y a concours de frères ou sœurs, et de descendans de frères ou sœurs en degrés égaux ou inégaux, alors le besoin de la représentation se fait sentir, comme dans le cas de concours des descendans de fils ou de fille du défunt; car, dans l'un et l'autre cas, leurs droits sont réglés par la proximité du degré.

220. Après cette explication fondée sur des textes si clairs et si positifs, que devient l'induction qu'on voudrait tirer de ce que la seconde disposition de l'art. 749 emploie le mot *représentans*, pour désigner les descendans de frères ou de sœurs?

On pourrait dire que les rédacteurs, après avoir employé le mot générique de *descendans* dans la première partie, en ont voulu éviter la répétition dans la seconde, et qu'ils y ont substitué le mot représentans, qui, dans le langage ordinaire et grammatical, n'emporte pas la même idée que le terme technique de *représentation* en jurisprudence.

Mais il paraît plutôt que dans la première partie de cet article les rédacteurs, n'ayant en vue que la *vocation*, ont employé l'expression générale de *descendans* de frères ou de sœurs, et que, dans la seconde, au contraire, ayant en vue les droits à régler entre les frères et sœurs, et les descendans de frères ou sœurs, ils ont employé le mot propre de *représentans* dans son sens légal, parce qu'en effet,

ces droits se règlent par la proximité du degré. Ce qui porte à le penser ainsi, c'est que cet art. 749 dit que la portion qui aurait été dévolue au père ou à la mère prédécédé, se réunit à la moitié *déférée* aux frères, sœurs, ou à leurs *représentans*, ainsi qu'il sera expliqué à la sect. 5 du présent chapitre.

Or, cette section commence précisément par l'art. 750, qui est une suite du précédent, et dont la première partie appelle les frères, sœurs ou leurs *descendans, à l'exclusion des ascendans et des autres collatéraux*, sans considération du degré de parenté, comme nous l'avons déjà prouvé, mais en considération de leur seule qualité personnelle; et la seconde disposition de ce même art. 750 s'occupant des droits à régler entre les frères, sœurs et les descendans d'eux appelés en concours, ajoute : « Ils succèdent, ou de leur chef, « ou par représentation, ainsi qu'il a été réglé dans la sect. 2 du « présent chapitre »; c'est-à-dire dans l'art. 742, dont nous avons, *suprà*, rapporté les dispositions. Ainsi les art. 749, 750 et 742 s'expliquent les uns par les autres, et sont dans une parfaite harmonie. *Vocation* des frères, sœurs ou descendans d'eux, à l'exclusion des ascendans et autres collatéraux, sans égard pour la proximité du degré; règlement des droits appelés en concours, suivant la proximité du degré ou par représentation.

221. C'est encore dans la même section, à laquelle renvoie la seconde partie de l'art. 749, que se trouve l'art. 752, qui contient des dispositions si importantes sur le règlement des droits des frères ou sœurs appelés, dans le cas du double lien, ou du lien simple de parenté. Cet article porte : « Le partage de la moitié ou des trois quarts « dévolus aux frères ou sœurs, aux termes de l'article précédent (de « la totalité en cas qu'il n'y ait ni père ni mère), s'opère entre eux « par égales portions, s'ils sont tous du même lit; s'ils sont de lits « différens, la division se fait par moitié entre les deux lignes pa- « ternelle et maternelle du défunt; les germains prennent part dans « les deux lignes, et les utérins et consanguins chacun dans une « ligne seulement; s'il n'y a de frères ou sœurs que d'un côté, ils suc- « cèdent à la totalité, à l'exclusion de tous autres parens de l'autre « ligne. »

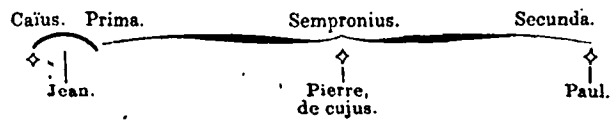
Ainsi, lorsque tous les frères et sœurs sont du même lit, le partage s'opère entre eux par égales portions, puisqu'ils viennent tous de leur chef et à degrés égaux. Ils tiennent tous au défunt par les mêmes liens de parenté, tant du côté paternel que maternel : il ne peut donc se faire de division entre les deux lignes.

S'ils sont de lits différens, la division de la succession se fait entre les lignes paternelle et maternelle du défunt, suivant la règle géné-

rale (733). Les utérins ou consanguins ne sont pas exclus par les germains; mais ils ne prennent part que dans leur ligne, et les germains prennent part dans les deux lignes (733, 752).

Dans chaque ligne, le partage s'opère par égales portions et par tête. S'il y a concours de frères germains et de frères consanguins, les germains prennent d'abord la moitié affectée à la ligne maternelle, et partagent l'autre moitié par égales portions avec les consanguins; et *vice versâ*, s'il y a concours de frères germains et de frères utérins.

En cas de concours de frères ou sœurs consanguins avec des frères ou sœurs utérins, sans qu'il existe des frères germains, les consanguins prendront la moitié affectée à la ligne paternelle, les utérins la moitié affectée à la ligne maternelle, comme dans le tableau suivant:




Sempronius épouse en premières noces Prima, laquelle avait un fils nommé Jean, de son premier mariage avec Caïus; elle eut de Sempronius un fils nommé Pierre, et mourut. Sempronius épousa en secondes noces Secunda, qui devint mère de Paul. Elle mourut ainsi que Sempronius, avant Pierre, de la succession duquel il s'agit. Cette succession se divise entre les deux lignes paternelle et maternelle. Paul recueille la moitié affectée à la paternelle, Jean la moitié affectée à la maternelle.

Supposons maintenant que Jean soit mort, mais que Titius et Titia, père et mère de Sempronius, et aïeuls de Pierre, soient encore vivans. Paul, frère consanguin du défunt, recueillera la totalité de la succession, à l'exclusion de Titius et Titia, aïeuls du défunt, et de tous autres parens collatéraux de la ligne maternelle, en vertu de la disposition finale de l'art. 752, qui fait, en ce cas, une exception à la règle générale de la division des lignes.

222. Si Paul était mort laissant des enfans, ils excluraient également Titius, Titia, ascendans du défunt, et tous les collatéraux de l'autre ligne. On n'en saurait douter, quoique l'art. 752 ne parle que des frères et sœurs, sans ajouter *leurs descendans*, comme l'ont fait les articles précédens : mais c'est précisément parce que ces articles l'ont suffisamment dit, qu'il n'était pas nécessaire de le répéter dans l'art. 752. La répétition eût rendu la rédaction moins nette.

D'ailleurs, l'art. 752 n'est que le mode d'exécution de l'art. 751, dont la disposition est expressément étendue aux *représentans* de frères

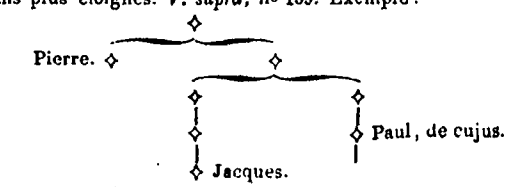
ou sœurs. Et quand même Paul aurait renoncé ou serait déclaré indigne, ses enfans n'en succéderaient pas moins à Pierre, leur oncle consanguin, à l'exclusion des ascendans de ce dernier, et des collatéraux de l'autre ligne, en vertu de la disposition générale de l'article 750 (1).

223. A défaut de frères ou sœurs, ou de descendans d'eux, la succession se divise (*a*), suivant la règle générale, entre les deux lignes (733—753). Mais, après cette première division, opérée entre les lignes paternelle et maternelle, il ne se fait plus de subdivision ou de refente entre les diverses branches de chaque ligne. Ainsi, la portion échue à la ligne paternelle ne se subdivise pas en deux parts, l'une pour la branche de l'aïeul, l'autre pour la branche de l'aïeule, et réciproquement dans la ligne maternelle (734).

224. Dans chacune de ces lignes, la moitié qui lui est dévolue appartient à l'héritier le plus proche en degré, ou aux héritiers en degrés égaux, sans considérer s'ils sont unis au défunt par un ascendant plus ou moins proche, le Code ne considérant que la proximité du degré (2), comme aussi sans considérer s'ils sont

---

(1) *V.* Chabot, sur l'art. 752, n° 4, 5e édition; *V.* aussi un arrêt de la Cour de cassation, du 27 décembre 1809, Sirey, an 1810, pages 102 et suiv. — [ *V.* encore Bruxelles, 28 thermidor. an XII; Sirey, 5, 2, 39; Dalloz, 12, 306: Nancy, 8 frimaire an XIII; Sirey, 5, 2, 78; Dalloz, 12, 306; Bruxelles, 18 mai 1807; Sirey, 7, 2, 300; Dalloz, 306; Duranton, 12. tome 6, n° 251; Maleville sur l'art. 750; Zachariæ, tome 4, § 597 *bis*; Merlin, *Questions de droit*, vo Succession, § 14. La vocation des descendans de frère et sœur, étant indépendante de la proximité du degré et attachée à leur qualité, la renonciation ou l'indignité d'un frère ou d'une sœur n'empêcherait pas ses descendans de concourir avec les père et mère du défunt; Chabot, art. 748, n° 3. Comp. toutefois Delvincourt, tome 2, note 2 de la page 18. — (*a*) En deux parts égales. La disposition de cet art. devrait recevoir son application lors même que le défunt aurait fait un legs plus ou moins considérable à l'un des parens de l'une ou de l'autre ligne, en ordonnant le partage du surplus de ses biens entre ses héritiers légitimes, à l'exclusion du légataire, et que ce dernier renoncerait à l'hérédité pour s'en tenir à son legs. La ligne à laquelle appartient le légataire n'en a pas moins droit à la moitié du surplus de l'hérédité, déduction faite des biens légués: Chabot, art. 786, note 10; Zachariæ, tome 4, § 597 *bis*, note 2; Paris, 1er juillet, 1811; Sirey, 11, 2, 99. — (2) A la différence de la loi du 17 nivôse an II, suivant laquelle (art. 77) les collatéraux qui descendaient des ascendans les plus proches du défunt, excluaient ceux qui descendaient des ascendans plus éloignés. *V. suprà*, n° 139. Exemple :




Pierre, sous l'empire du Code, succède à Paul, son petit-neveu, de préfé-
9.

unis au défunt par un lien de parenté double ou simple (734) (1).

225. S'il y a concours de collatéraux au même degré, ils partagent par tête, car hors le cas des descendans de frères ou de sœurs, il n'y a point de représentation en collatérale (742).

226. Il ne se fait aucune dévolution d'une ligne à l'autre, que lorsqu'il ne se trouve aucun ascendant ni collatéral de l'une des deux lignes (733), dans le degré successible.

Car les parens au-delà du douzième degré ne succèdent pas. A défaut de parens au degré successible dans une ligne, les parens de l'autre ligne succèdent pour le tout (755).

## SECTION VI.

*Du droit de retour ou de reversion.*

SOMMAIRE.

226 *bis*. C'est une succession anomale déférée à l'ascendant donateur.
227. Origine du retour légal.
228. Il était à Rome attaché à la puissance paternelle.
229. Le droit français l'étendit aux ascendans maternels.
230. Les Coutumes et le Code l'ont changé en droit de succession. Texte de l'art. 747.
231. Il s'évanouit, si le donataire a aliéné les biens; mais le donateur succède aux actions qu'avait le donataire pour faire payer le prix, annuler les aliénations ou exercer le rachat.
232. Il reprend les biens dans l'état où ils se trouvent, sans pouvoir exiger d'indemnité pour les détériorations, ni en devoir pour les améliorations.
233. Le retour a lieu si les biens aliénés, mais rentrés depuis dans le patrimoine du donataire, se retrouvent dans sa succession.
234. Le droit de retour est éteint, si le donataire a disposé des biens par testament.
235. Le droit de retour est une succession particulière, *in re singulari*. L'ascendant succède aux biens donnés, lors même qu'il est exclu du reste de la succession.
236. Mais dans ce cas-là même, il est soumis aux dettes et comment.
237. Peut-il renoncer à la succession pour s'en tenir aux biens qui lui reviennent par reversion?
238. Il prélève hors part les biens donnés.
239. Le droit de retour est personnel au donateur. Conséquence.
240. Les enfans du donataire issus d'un autre mariage empêchent le droit de retour; il en est de même des enfans adoptifs. *Quid* des enfans naturels?
241. Si les enfans renoncent, le retour a lieu, à moins qu'ils n'aient eux-mêmes des enfans.
242. La reversion est ouverte par la mort civile. *Quid*, en cas de confiscation?
243. Le retour n'a pas lieu, lorsque les enfans du donataire meurent avant le donateur.

rence à Jacques, cousin issu de germain du défunt, quoique Jacques descende d'un ascendant plus proche. Sous la loi du 17 nivôse an II, Pierre, quoique parent du défunt au 4e degré, eût été exclu par Jacques, parent au 5e degré.

(1) *V.* l'arrêt de la Cour de Bruxelles, du 20 avril 1809; Sirey, an XII, 2e part., page 197.

244. Il a lieu sur les meubles.
245. *Quid* d'une somme d'argent, etc.?

226 *bis*. Outre les successions dont nous venons de parler, le Code, conformément à l'ancienne jurisprudence, a établi une sorte de succession (1) anomale en faveur des ascendans donateurs, à l'égard des choses par eux données à leurs descendans.

L'art. 747 porte : « Les *ascendans succèdent à l'exclusion de tous « autres*, aux choses par eux données à leurs enfans ou descendans « décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent *en « nature* dans la succession.

« Si les objets ont été aliénés, les ascendans recueillent le prix qui « peut en être dû ; *ils succèdent* aussi à l'action en reprise que pourrait avoir le donataire. »

La succession dont parle cet article est ce qu'on appelle *droit de retour* ou *de reversion*.

Le droit de retour, en général, est fondé sur la convention ou sur la loi ; ainsi le retour est conventionnel ou légal : c'est du dernier qu'il s'agit ici.

Lorsque l'acte de donation ne contient point la stipulation du retour au donateur, dans le cas de prédécès du donataire, la loi la supplée en faveur des ascendans donateurs ; c'est ce qu'on appelle *retour légal*, *reversion légale*, dont les effets ne sont point aussi étendus que ceux du retour conventionnel (*a*).

227. L'origine du retour légal se trouve dans le droit romain, qui l'établit sur deux motifs : l'un, d'épargner aux ascendans le désagrément de supporter la double perte de leurs enfans, et des biens dont ils s'étaient dépouillés en leur faveur (2).

L'autre motif, qui est une suite du premier, est de ne pas refroidir la bienfaisance des ascendans, par la crainte de cette double perte (3).

228. Quoique ces motifs fussent communs aux ascendans des

(1) Ainsi l'appelle Boucheul, *des Conventions de succéder*, chap. 12, n° 38, page 183. Sur cette matière, *V.* Domat, section du Droit de retour, la *Coutume de Paris*, art. 313, et les commentateurs ; Bourjon, *Droit commun de la France* ; Lebrun, *des Successions*, liv. 1, chap. 5, sect. 2 ; Pothier, *des Donations entre vifs* ; et surtout Chabot, *Traité des successions*, etc., sur l'art. 747, 5e édition, et les auteurs qu'il cite. — (*a*) Dans le cas de retour légal il est dû un droit proportionnel de mutation ; tandis qu'il n'est dû qu'un droit fixe lorsqu'il s'agit d'un droit de retour conventionnel. *V.* Rej., 8 février 1814 ; Sir., 14, 1, 269 ; Dall. 7, 86 ; Cassation, 28 décembre 1829 ; Sirey, 30, 1, 59 ; Dalloz, 28, 1, 29. — (2) *Jure succursum est patri, ut filiâ amissâ solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret.* Leg. 6, *ff. de jure dot.*, 23, 3 ; leg. 4, *Cod. solut. matrim.* 5, 18. — (3) *Prospiciendum est enim ne hâc injectâ formidine parentum circà liberos munificentia retardetur.* Leg. 2, *Cod de bon. quæ*, lib. 6, 61.

deux sexes, le droit romain n'accordait le droit de retour qu'aux ascendans paternels, et en vertu de la puissance paternelle : il ne l'accordait que sur les dots et sur les donations en faveur de mariage (*a*).

229. Le droit français, en adoptant le droit de retour, l'étendit à la mère et à tous les ascendans maternels, en faveur desquels le retour n'est pas moins juste qu'en faveur des ascendans paternels, et il l'accorda sur toutes sortes de donations *entre vifs* faites aux descendans, quoiqu'elles ne fussent pas faites en faveur du mariage.

Nous disons sur les donations *entre vifs;* car si la donation conservait le caractère de donation à cause de mort, comme dans le cas des art. 1082, 1084 et 1086, le prédécès du donataire sans enfans la rendrait caduque, et il ne faut pas confondre la caducité avec le droit de retour.

Dans le cas des articles cités, la propriété n'est point transférée au donataire avant la mort du donateur; au contraire, dans les donations entre vifs, la propriété des choses données est transférée de suite au donataire, qui peut les aliéner et en disposer comme bon lui semble.

230. Le droit de retour fut reçu en France de deux manières bien différentes. Dans les pays de droit écrit, où l'on suivait le droit romain, on le considéra comme une condition tacite des donations faites par les ascendans à leurs enfans, et on lui donna les mêmes effets qu'au retour conventionnel (*b*). Les aliénations et dispositions faites par le donataire ou par ses descendans, ne pouvaient nuire au donateur, ni empêcher le retour en sa faveur; elles étaient révoquées par le prédécès du donataire sans postérité. Les biens revenaient au donateur de plein droit, francs et quittes de toutes charges et hypothèques (1), précisément comme dans le cas du retour conventionnel (952).

Dans les pays de coutume, au contraire (2), le droit de retour en faveur des descendans fut converti en un véritable droit de succession; on lui en donna le nom et les effets. Les ascendans, suivant l'art. 313 de la Coutume de Paris, « *succèdent* ès-choses par eux « données à leurs enfans décédant sans enfans et descendans d'eux. »

C'est ce droit de succession anomale qui a été adopté par l'article 747 du Code civil, presque dans les même termes que ceux de la Coutume de Paris.

---

(*a*) Comp. sur ce point Furgole, *Questions sur les donations*, no 42. — (*b*) *V.* Rej., 8 février 1814; Sir., 14, 1, 269; Dall., 7, 86. — (1) *V.* Lebrun, *Traité des successions*, livre, chapitre 5, section 2, nos 60 et 70. Boucheul, *Traité des conventions de succéder*, chap. 12, nos 72 et 73. — (2) Quand et comment le droit de retour fut-il introduit dans les Coutumes? *V.* le *Nouveau Répertoire*, vo Réversion, sect. 2, § 2, art. 1, page 505

« Les ascendans *succèdent*, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfans ou descendans décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans « la succession.

« Si les objets ont été aliénés, les ascendans recueillent le prix « qui peut en être dû. » *Ils succèdent* aussi à l'action en reprise que pourrait avoir le donataire, dans le cas de dissolution de communauté conjugale. C'est une suite des axiomes : *pretium succedit loco rei. Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.* Leg. 15, *ff. de R. J.*

Si l'aliénation était conditionnelle ou résoluble, l'ascendant donateur succéderait à tous les droits du donataire qui a aliéné (1). Il pourrait exercer toutes les actions en nullité, rescision ou rachat, qui appartenaient à ce dernier; mais à la charge d'acquitter, sans recours vers la succession, toutes les répétitions que peuvent avoir à exercer ceux contre lesquels il dirige son action; par exemple, de payer le prix payé par l'acquéreur, à condition de réméré, etc. (a).

231. Mais si le prix des aliénations a été consommé ou reçu, si le donataire ne laisse aucune action pour recouvrer ce prix ou pour faire annuler l'aliénation, le droit de retour des ascendans donateurs s'évanouit; il n'ont pas d'indemnité à prétendre vers la succession. Le défunt, étant propriétaire, pouvait aliéner, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit : la loi ne fait aucune distinction à cet égard.

232. L'ascendant donateur n'a donc aucune action contre les autres héritiers, soit à raison des dégradations ou détériorations commises par le donataire sur les biens donnés, soit à raison des prescriptions qu'il aurait laissé acquérir, des servitudes qu'il aurait concédées, etc. C'est un point incontestable.

Mais, dans le cas inverse, ces autres héritiers pourraient-ils demander à l'ascendant donateur, qui succède aux biens qu'il avait donnés, la récompense des améliorations faites par le donataire, et des impenses utiles ou nécessaires qui ont augmenté la valeur de l'héritage? Le Code garde le silence sur cette question, et si l'ancienne jurisprudence ne la résout pas *in terminis*, elle nous fournit un principe infaillible de solution.

L'ascendant donateur, héritier *in re singulari* aux biens qu'il avait donnés, quoique exclu du reste de la succession, soit par des frères

(1) *V.* Chabot, sur l'art. 747, n° 24; Delvincourt, tome 1, page 606.—[*V.* aussi Duranton, tome 6, nos 41 et suivans; Zachariæ, tome 4, § 608, note 38.]

—(a) Il devra également supporter une partie des dettes et charges de la succession, mais seulement dans la proportion de l'excédant de la valeur des biens sur les sommes qu'il aura remboursées.

ou sœurs du donataire défunt, soit par des descendans d'eux, se trouve placé, sous l'empire du Code, relativement aux collatéraux qui l'excluent, précisément dans la même situation où se trouvaient, sous l'empire des coutumes, les héritiers des propres d'un estoc relativement aux héritiers du mobilier et des acquêts. Si le défunt avait amélioré ses propres, s'il y avait, par exemple, construit une maison de grande valeur, l'héritier des propres ne devait ni récompense, ni indemnité aux héritiers du mobilier et des acquêts, comme aussi il ne pouvait leur en demander aucune pour les détériorations, ni même pour l'aliénation des propres. C'était une maxime fondamentale qu'il n'était dû aucune récompense d'estoc à estoc (*voy.* Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 4, page 33, n° 45; pag. 39 et 40, n^os^ 56 et 57).

Cette maxime, juste et raisonnable, prévenait une foule de contestations et de procès entre les différens héritiers. Nous pensons donc qu'il faut l'appliquer au cas qui nous occupe, et que les ascendans donateurs qui succèdent par reversion, doivent reprendre les biens donnés dans l'état où ils se trouvent à l'ouverture de la succession du donataire, dégradés ou détériorés par sa faute, améliorés ou augmentés de valeur par ses soins et son industrie; mais dans l'un comme dans l'autre cas, sans récompense ni indemnité de part et d'autre.

Cela s'applique aux fruits existans sur les terres, et non coupés, à l'ouverture de la succession. L'ascendant donateur ne doit aucune récompense pour les frais de labours et semences; l'édifice qu'aurait pu faire le donataire suit, par accession, le fonds sur lequel il est construit, sans que l'ascendant donateur en doive aucune récompense aux héritiers, qui l'excluent du reste de la succession, ou qui la partagent avec lui. Il faut en dire autant des ornemens placés à perpétuelle demeure, par le donataire, dans la maison donnée : ils appartiennent au donateur par droit d'accession, sans que les autres héritiers puissent les enlever, même à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état.

Ce n'est point ici le cas d'appliquer la règle établie pour les usufruitiers par l'art. 599. Le donataire était propriétaire, il avait la propriété pleine et entière de la maison donnée : il n'y a donc aucune parité entre un cas et l'autre.

On ne peut également appliquer à l'ascendant donateur les dispositions des art. 861, 862 et 863, qui veulent que les cohéritiers du donataire, qui rapporte à la succession l'immeuble qu'il avait reçu en avancement d'hoirie, lui tiennent compte des impenses qui ont amélioré la chose; comme aussi qu'il leur tienne compte des dégra-

dations et détériorations qui ont diminué la valeur de l'immeuble, par son fait ou par sa négligence.

Ces dispositions sont très sages; elles sont nécessaires pour maintenir l'égalité entre cohéritiers dont l'un doit un rapport.

Mais il ne s'agit ni de rapport, ni d'égalité à maintenir entre l'ascendant donateur qui reprend les biens qu'il avait donnés, et les frères ou sœurs du donataire décédé qui recueillent le surplus de la succession; ils ne lui doivent aucun rapport, aucune récompense pour les dégradations, détériorations, ou même pour les aliénations de tout ou partie des biens donnés, et par identité de raison, ils ne peuvent lui demander aucune indemnité pour les améliorations : chacun prend les choses dans l'état où elles se trouvent. L'égalité de droit serait rompue, et la justice violée, si l'ascendant donateur devait récompense des améliorations à des héritiers qui ne lui en doivent aucune pour les détériorations. L'équité exige qu'il n'y ait indemnité de part ni d'autre (*a*).

233. Si les biens donnés, aliénés d'abord par le donataire, rentraient ensuite dans son patrimoine par succession, donation, achat ou autrement, l'ascendant donateur pourrait-il exercer son droit de retour sur ces biens, qu'il retrouverait dans la succession?

Les auteurs qui ont écrit sous l'empire des anciennes coutumes, et notamment Lebrun, soutenaient que les biens originairement donnés par l'ascendant ne se retrouvant plus *au même titre* dans la succession du donataire, le droit de reversion s'éteignait dès le moment de l'aliénation, et que ce droit ne pouvait revivre, parce que l'héritage ayant perdu sa qualité de *propre de reversion*, ne la recouvrait point, en rentrant à un autre titre dans le patrimoine du donataire. C'était une conséquence des anciens principes sur *les propres*.

M. Chabot (1) embrasse l'opinion de Lebrun. Le motif principal qu'il en donne, est qu'on ne saurait dire que les biens rentrés dans le patrimoine du donataire, qui les avait aliénés, quoique *identiquement* les mêmes que ceux qu'il avait reçus, soient néanmoins les biens *donnés*, parce qu'ils sont rentrés dans les mains du donataire *en vertu d'un titre qui n'est plus le même que celui de la donation première, et avec une qualité qui est absolument différente.* Il faut voir le développement de ces raisons, qui sont au fond les mêmes que celles de Lebrun.

Ce raisonnement pourrait bien ne pas paraître convaincant à ceux qui pensent, avec M. Chabot, tome I, page 341, que pour bien en-

(*a*) *V.* en sens contraire Chabot, art. 747, n° 25; Duranton, tome 6, n° 246. — (1) Sur l'article 747 du Code, n° 21, tome 1, page 456 de la 5e édition du *Traité des successions.*

tendre l'article 747, il ne faut pas décider les questions qu'il fait naître d'après l'esprit des coutumes, et même d'après l'ancienne jurisprudence; mais qu'il faut se rattacher au texte de la loi, et en expliquer les termes, parce que c'est la règle la plus sûre.

Si les auteurs qui ont écrit sous l'empire des coutumes ont pensé que le droit de reversion était irrévocablement éteint sur les biens rentrés dans le patrimoine du donataire, qui les avait aliénés, c'est, comme le dit fort bien Lebrun, que l'ascendant donateur succédait aux biens donnés *comme à un propre;* c'étaient *des propres de reversion*. Or, ils avaient perdu la qualité de propres par l'aliénation.

Mais, notre nouvelle législation ne connaissant plus *les propres*, les motifs de l'opinion de Lebrun s'évanouissent absolument. Sa décision paraît contraire au texte de l'art. 747, qui ne subordonne le droit de l'ascendant qu'à la seule condition que les objets donnés *se retrouvent en nature dans la succession du donataire*. Or, dans l'espèce, ils s'y retrouvent incontestablement et *identiquement*. Le Code n'exige rien de plus. Pourquoi donc rechercher s'ils ont perdu ou non une *qualité* factice que le Code ne considère plus ?

Nous pensons donc que le droit de l'ascendant donateur n'est point éteint par l'aliénation intermédiaire des choses rentrées dans le patrimoine du défunt avant sa mort. C'est aussi l'opinion de M. Delvincourt, tome 1, page 606 (*a*).

Au reste, Lebrun et M. Chabot conviennent que du moins les biens vendus par le donataire avec clause de rachat ou réméré, continuent d'être soumis au droit de reversion, lorsqu'il les a rachetés, parce qu'alors ils n'étaient pas définitivement aliénés.

234. Nous avons dit que le droit de l'ascendant s'évanouit par l'a-

(*a*) *V.* dans le même sens Duranton, tome 6, n° 232. Cette opinion n'est pas sans difficulté. La raison que donne M. Toullier, pour écarter dans l'espèce l'application des anciens principes, est peu concluante. M. Zachariæ a fait observer avec raison que si après avoir été aliénés par le donataire et être rentrés à titre nouveau dans son patrimoine, les objets donnés n'y formaient plus des propres, c'était précisément parce qu'ils ne pouvaient plus être considérés comme des biens donnés. « L'extinction de la qualité de propres, ajoute-t-il, n'était donc elle-même que la conséquence et non la cause de l'anéantissement du caractère de choses données Peu importe dès lors que la distinction des biens en propres et acquêts soit abolie par l'art. 732; il n'en est pas moins vrai que par exception à la disposition de cet article; c'est d'après l'origine des biens que se règle leur dévolution en matière de retour successoral; que dès lors il faut, pour se conformer au vœu de la loi, rechercher à quel titre les biens qui se trouvent dans le patrimoine du défunt, y sont entrés en dernier lieu et ne soumettre à l'exercice du retour successoral que ceux qui sont encore revêtus de la qualité de biens donnés. » *V.* tome 4, § 608, note 33; *V.* aussi Merlin, *Répert.*, v° Reversion, sect. 3; Favard, v° Succession, sect. 3, § 2, n° 9.

liénation des biens, tant à titre onéreux qu'à titre gratuit, lorsqu'ils ne sont pas rentrés, depuis l'aliénation, dans le patrimoine du donataire.

Le droit est également éteint, lorsque le donataire dispose des biens par testament.

On pourrait dire que, le testament n'ayant d'effet qu'après le décès du testateur, le descendant donataire est réellement mort investi de la propriété des biens qu'il avait reçus, lesquels paraissent ainsi se trouver dans sa succession.

Mais ce n'est qu'à titre de succession que le Code admet l'ascendant donateur à recueillir les biens qu'il avait donnés. Il est donc obligé, comme héritier, d'acquitter les legs. Et comme la propriété des biens légués appartient au légataire dès l'instant du décès du testateur, il en résulte que ces biens ne se retrouvent pas réellement dans la succession du donataire : les héritiers n'en ont que la saisine momentanée, pour en faire la délivrance au légataire.

Conformément à ces principes, la Cour de cassation, section des requêtes, a formellement décidé, par un arrêt du 17 décembre 1812, que l'ascendant donateur n'a pas le droit de reprendre les choses que le donataire avait léguées par testament, attendu que ces choses ne se trouvent plus alors dans sa succession (1).

235. Quoique le retour soit une véritable succession, elle diffère néanmoins des successions ordinaires, en ce qu'elle n'est pas à titre universel (*a*). C'est, dit fort bien Ferrière (2), une succession *in re singulari ;* c'est une succession qu'on peut dire *privilégiée*.

Dans l'ordre ordinaire, l'ascendant peut être appelé à la succession de ses descendans par le droit attaché à sa qualité d'ascendant. Il peut en exclure tous les collatéraux et les ascendans plus éloignés; il peut aussi concourir avec eux; il peut même, si c'est le père ou la

(1) *V.* Sirey, an 1813, page 409. Cet arrêt est conforme à l'opinion de tous les auteurs, tant antérieurs que postérieurs au Code. *V.* Lebrun, *ubi suprà*, n° 63; Boucheul, *ubi suprà*, n° 74; Chabot, sur l'art 747, n° 20, tome 1, page 451 de la 5e édition du *Traité des successions;* Merlin, *Nouveau Répertoire*, v° Reversion, sect. 1. § 2, art. 2; Grenier, *des Donations;* Delvincourt, tome 1, page 603, etc. — [*V.* encore Duranton, tome 6, nos 226 et 227; Zachariæ, tome 4, § 608; Montpellier, 31 mai 1825; Sir., 26, 2, 14; Dall., 23, 2, 214; Riom, 12 février 1824; Sir., 26, 2, 119; Besançon, 30 juillet 1828; Sir., 29, 2, 176; Dall., 27, 2, 158; Grenoble, 8 avril 1829; Sir., 30, 2, 306; Dall. 30, 2, 261; Cass. 16 mars 1830; Sir., 30, 1, 121; Dall., 28, 1, 145; Bordeaux, 15 avril 1831; Sir., 31, 2, 177; Dall., 31, 2, 145; *Secùs*, Agen, 13 mars 1817; Sir., 22, 2, 300; *id.*, 11 décembre 1827; Sir., 29, 2, 74.] — (*a*) Cependant on peut dire que les objets donnés sont considérés, sous le rapport du retour successoral, comme formant une universalité juridique : autrement il est difficile d'expliquer pourquoi l'ascendant est tenu de contribuer aux dettes. *V.* Zachariæ, tome 4, § 608, note 29 — (2) Sur l'art. 313 de la *Coutume de Paris*, glos. 3, n° 3.

mère concourir avec les frères et sœurs du défunt. Voilà la succession ordinaire.

Mais l'ascendant *donateur* a un titre particulier pour succéder par privilége spécial aux choses par lui données, *à l'exclusion de tous autres* (747), quand même il serait exclu du surplus de la succession (1) par des ascendans plus proches, par des frères et sœurs, ou des descendans de frères et sœurs.

Cette question, qui pouvait paraître douteuse dans l'ancienne jurisprudence (2), est décidée par ces mots de l'art. 747 : « Les ascen- « dans succèdent *à l'exclusion de tous autres.* » L'ascendant peut donc être appelé à deux successions véritablement séparées : la succession ordinaire attachée à sa qualité d'ascendant, la succession privilégiée attachée à sa qualité de donateur.

236. Mais, dans ce dernier cas même, l'ascendant donateur recueille ces biens à titre de succession, et il est assujetti aux dettes *pro modo emolumenti*, de la même manière que tous les autres héritiers (870). Il paraît même qu'il en serait tenu *ultrà vires*, quoiqu'il n'eût recueilli que les immeubles qu'il avait donnés, s'il n'avait pas eu la précaution de se porter héritier sous bénéfice d'inventaire (3).

237. Car il est constant que c'est à titre de succession qu'il recueille ces immeubles. De là naît la question, plus importante dans la théorie que dans la pratique, de savoir si l'ascendant peut renoncer à la succession ordinaire à laquelle il est appelé en sa qualité d'ascendant, pour s'en tenir à la succession privilégiée, à laquelle il est appelé en sa qualité de donateur (4).

---

(1) Lebrun, nos 14, 15, 65 et 67; Chabot, sur l'article 747. — (2) *V.* Duparc-Poullain, sur la *Coutume de Bretagne*, tome 3, page 683, note 2; Bourjon, *Droit commun de la France*, tome 1, page 781, nos 30 et 31, édition de 1747. —(3) Lebrun, no 67; Chabot, sur l'art. 747, no 3. — [Delvincourt, tome 2, note 4 de la page 18. *V.* cependant le *Répertoire*, vo Reversion, sect. 2, § 2, art. 4. Duranton, tome 6, no 210; Zachariæ, tome 4, § 640 *bis.*] — (4) Notre savant maître Duparc-Poullain, dans ses *notes sur la Coutume de Bretagne*, tome 3, page 683, note A, et dans ses *Principes du droit*, tome 4, page 254, rapporte un arrêt du 28 juillet 1744, qui jugea que la reversion d'un contrat de constitution donnée par les père et mère à leur fille, avait lieu, quoiqu'ils eussent renoncé à sa succession. L'auteur en conclut qu'*il semble* que la qualité de renonçant déchargeait l'ascendant des dettes, s'il y avait dans la succession d'autres biens suffisans, et qu'il en serait de même dans les cas de la reversion du don fait par l'aïeul à son petit-fils, qui meurt en laissant pour héritiers son père et sa mère. Mais d'abord, dans l'espèce de cet arrêt, les père et mère soutenaient que l'acte de transport contenait en leur faveur une clause de reversion, en cas de décès de leur fille sans enfans, et les héritiers de la fille furent condamnés à représenter cet acte. Ainsi, cet arrêt n'est point rendu en point de droit. D'ailleurs, il fut rendu dans un temps où les principes de la reversion n'étaient pas fixés en Bretagne. On doutait si elle ne se faisait pas comme dans les pays de droit écrit, *quasi cessante conditione;* et l'on voit que l'auteur avait peine à se rendre à l'opinion que la reversion se faisait comme droit de

On peut dire qu'en pur point de doctrine, dès lors qu'il est reconnu que c'est à titre de succession que l'ascendant recueille les choses par lui données, elles font partie de la succession du donataire. Or, une succession ne peut être acceptée pour une partie, et répudiée pour l'autre : *Hæreditas pro parte adiri, et pro parte repudiari non potest.*

Mais ne peut-on pas répondre que la succession privilégiée, ou le droit de retour, forme réellement une succession séparée, puisque l'ascendant peut y être appelé, et néanmoins être exclu de la succession ordinaire? Que la première ne rend héritier que *in re singulari?* Dès lors, pourquoi ne serait-il pas permis à un ascendant de reprendre les biens qu'il avait donnés, sans se rendre héritier dans les autres biens? Pourquoi une personne à qui sont dévolues, à des titres différens, deux successions de différent genre, quoique provenues de la même personne, ne pourrait-elle pas en accepter une et répudier l'autre?

Ceci peut n'être pas sans réponse. Mais, dans la pratique, on ne voit pas trop comment l'ascendant donateur pourrait avoir intérêt à répudier l'une des successions pour accepter l'autre; car si la succession ordinaire se trouve grevée de charges et de dettes, la succession privilégiée doit y contribuer *pro modo emolumenti.*

Cependant l'attachement aux choses données; et le désir de les conserver, peuvent déterminer l'ascendant à exercer le droit de retour, en renonçant à la succession ordinaire; mais il doit avoir grand soin, en réclamant la reversion, de déclarer formellement qu'il n'entend prendre aucune part à la succession ordinaire. Dans le doute, nous pensons qu'en acceptant l'une des successions, il est censé accepter aussi l'autre, *et vice versâ;* qu'en renonçant à l'une, il est censé renoncer à l'autre (*a*).

238. L'ascendant donateur, appelé à la succession en concurrence avec d'autres héritiers du défunt, commence par prélever hors part toutes les choses par lui données, et prend ensuite la portion qui lui est attribuée par la loi dans le surplus des biens.

239. Ce droit de retour ou de succession aux choses données est

---

succession à la charge des dettes : il ne paraît donc pas que cet arrêt puisse servir de règle sous l'empire du Code. Il est constant que c'est à titre de succession que l'ascendant reprend les choses données par lui à ses enfans : il n'y peut donc rien prétendre, sans se porter héritier du donataire, comme le pense fort bien Pothier, *des Successions*, chap. 2, sect. 2, art. 3, § 2, page 236. *V.*, au reste, Chabot, *des Successions*, 5e édition, tome 1, page 427 et suiv. sur l'art. 467, no 16. La question est traitée fort au long.

(*a*) *V* Chabot, art. 747, no 16; Duranton, tome 6, no 210. Comp. toutefois Delvincourt, tome 2, note 4 de la page 18.

personnel à l'ascendant donateur, puisque l'art. 747 exige qu'il survive au donataire : ce droit ne passe donc point à ses héritiers. Si l'aïeul a donné à son petit-fils, et qu'après la mort de l'aïeul, le petit-fils décède sans postérité, la reversion n'aura pas lieu en faveur du père du donataire, quoique héritier de l'aïeul donateur. La survie de celui-ci est la première condition à laquelle est attaché le droit de retour.

240. La seconde est que le donataire décède sans postérité issue d'un mariage antérieur ou postérieur à la donation (1). La loi ne distingue point; l'enfant adoptif du donataire empêche même le droit de retour, quoique, rigoureusement parlant, il ne soit pas compris sous l'expression de *postérité*, dont se sert l'art. 747; mais l'art. 350 donne à l'adopté, sur la succession de l'adoptant, *les mêmes droits qu'y aurait l'enfant né en mariage*.

Il doit donc, comme ce dernier, recueillir les biens qui avaient été donnés à son père adoptif, lorsqu'ils se trouvent dans la succession; autrement, la règle fondamentale de l'adoption serait violée; l'enfant adoptif n'aurait plus sur la succession de l'adoptant *les mêmes droits* qu'un enfant né en mariage. La disposition de l'art. 747, qui veut que la *postérité* du donataire empêche la reversion, doit donc s'appliquer à la postérité *adoptive* comme à la postérité *naturelle*. L'ascendant donateur a dû savoir que le donataire avait la faculté d'adopter. En ne stipulant pas la reversion à défaut d'enfans nés en mariage, il est présumé y avoir renoncé.

Ajoutez à cela que le donataire pouvait empêcher la reversion en donnant entre vifs, et en léguant par testament les biens donnés (*Vid. suprà*, n. 232). Or, l'adoption n'a certes pas moins de force qu'un legs (*a*).

Par la même raison, l'enfant naturel légalement reconnu par le donataire doit empêcher la reversion pour la quotité des biens que la loi lui accorde dans les successions de ses père et mère. En ne le considérant que comme un légataire, il empêcherait la reversion des biens légués. Or, la reconnaissance d'un enfant naturel n'a pas moins de force qu'un legs (*b*).

241. Mais si les enfans du donataire renoncent à la succession, l'obstacle qu'ils mettaient à la reversion cesse par leur renonciation; ils sont considérés comme s'ils n'existaient pas. Les autres héritiers

(1) Chabot, sur l'article 747, nos 10, 13 et 14. — (*a*) *Sic* Delvincourt, tome 2, note 8 de la page 19; Duranton, tome 6, no 220; Chabot, art. 747, no 13. — (*b*) *Sic* Chabot, art. 747, no 14; Duranton, tome 6, no 219; Zachariæ, tome 4, § 668, no 15; Delvincourt, tome 2, note 8 de la page 19. Comp. toutefois, Cass., 3 juillet 1832; Sir., 32, 1, 498; Dall., 32, 1, 295.

ne peuvent argumenter d'un droit qui n'est établi qu'en faveur des descendans (1); ce serait argumenter du droit d'autrui. L'art. 747 veut que l'ascendant succède aux choses données, à l'exclusion de tous héritiers autres que la postérité du donataire.

Si l'enfant renonçant à la succession du donataire, son père, avait des enfans, ils empêcheraient le retour, qui ne peut avoir lieu qu'à défaut de *postérité* du donataire.

242. Il n'est pas douteux que la mort civile, aussi bien que la mort naturelle de l'enfant donataire, donne ouverture au droit de retour. Mais si les biens du condamné sont confisqués, le donateur sera-t-il préféré au fisc? On le pensait assez généralement dans l'ancienne jurisprudence : on trouve des arrêts qui l'ont ainsi jugé; et la Cour de cassation, par un arrêt du 13 messidor an XIII (2), décida qu'en appliquant cette jurisprudence à une espèce antérieure au Code, la Cour de Montpellier n'avait violé aucune loi. Mais aujourd'hui la peine de la confiscation des biens est abolie par l'art. 66 de la Charte; elle ne pourra être rétablie.

243. Si le fils du donataire meurt laissant un enfant qui décède ensuite, l'aïeul donateur aurait-il, dans la succession de ce dernier, le droit de succéder aux choses par lui données? Cette question a divisé deux habiles interprètes du Code civil, MM. Maleville et Chabot. Le dernier convient que la jurisprudence antérieure au Code était, dans ce cas, favorable à la reversion; mais il pense que l'article 747 contient une disposition contraire, en ce qu'il n'appelle les ascendans à succéder qu'aux choses par eux données à leurs enfans ou descendans décédés sans postérité; il en conclut que l'ascendant ne peut succéder sans ces deux conditions : 1° que l'enfant ou descendant auquel il a donné soit décédé; 2° qu'il soit décédé sans postérité. Ces deux conditions étant exigées conjointement, l'ascendant lui paraît exclu du droit de succession ou de retour, lorsque l'enfant ou descendant donataire a laissé des descendans au moment de sa mort. L'ascendant qui a donné à son fils n'étant pas réellement donateur à l'égard de son petit-fils, on ne pourrait pas dire, s'il reprenait, à la mort de son petit-fils, les choses comprises dans la donation, qu'il succéderait aux choses par lui données à son enfant ou *descendant décédé sans postérité*. Ce n'est donc qu'au cas où le descendant, auquel il a été donné, est mort sans postérité, que peut s'appliquer l'article 747.

Ces raisons nous paraissent entièrement conformes à la lettre du Code (3).

(1) Chabot, sur l'art. 747, no 11.—(2) *V.* le *Nouveau Répertoire*, vo Reversion, sect. 1, § 2, art. 1, page 495. — (3) Grenier, *des Donations*, tome 3, page 262, trouve la question sans difficulté.

Cependant on pourrait dire, en faveur de l'opinion de M. Maleville, qu'elle est peut-être plus conforme à l'esprit du Code. Il observe que l'article 747 n'a fait que renouveler la disposition des Coutumes de Paris et d'Orléans, presque dans les mêmes termes. L'article 313 de la Coutume de Paris dit, comme le Code, que les ascendans succèdent « aux choses par eux données à leurs enfans « décédant *sans enfans et descendans d'eux.* »

On pouvait dire sur ce texte de la Coutume, comme M. Chabot l'a dit sur l'art. 747, qu'il exigeait deux conditions : 1° que l'enfant donataire fût décédé ; 2° qu'il fût décédé sans enfans. En un mot, le raisonnement de M. Chabot s'applique au texte de la Coutume de Paris, aussi bien qu'à celui du Code ; et cependant, comme le remarque M. Maleville, il était de maxime à Paris, comme dans tout le reste de la France en général, que l'ascendant donateur ne perdait son droit de succession aux choses données, que lorsqu'à sa mort il existait des descendans du donataire.

On ne voit point que les rédacteurs du Code aient eu l'intention de déroger à l'ancienne jurisprudence, et le sens grammatical de l'article 747 n'y est pas positivement opposé : il porte que « les ascen- « dans succèdent, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux « données à leurs enfans ou descendans décédés sans postérité. » N'est-ce pas le même sens que s'il y avait : « Les ascendans suc- « cèdent aux choses par eux données, lorsque les enfans ou descen- « dans sont décédés sans postérité ? » D'ailleurs, est-il bien exact de dire que l'ascendant n'est pas donateur à l'égard de son petit-fils, lorsqu'il a donné au père ? Lorsqu'un père donne à son fils, il est toujours présumé donner à ses petits-enfans ; la loi le dit formellement, lorsqu'il s'agit de donations faites par contrat de mariage (art. 1082 et 1086). Enfin, on peut ajouter que le droit de retour est favorable, et ne doit pas céder à une interprétation purement grammaticale.

Telles sont les raisons qu'on peut donner en faveur de l'une et de l'autre opinion. Mais par arrêt du 16 août 1818, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de l'opinion de M. Chabot. Elle a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Poitiers, qui avait jugé que le droit de retour établi par l'art. 747, en faveur de l'ascendant donateur, est restreint au cas où le donataire décède sans postérité, et que le donateur ne peut exercer ce droit dans la succession des enfans du donataire décédés sans postérité (*Voy.* Sirey, 1818, 1re part., page 370 et suiv.). Cet arrêt doit fixer la jurisprudence (*a*).

(*a*) *V.* en ce sens, Duranton, tome 6, n° 216 ; Merlin, *Répertoire*, v° Réserve, sect. 2, § 2, n° 3, 6° et v° Succession, sect. 1, § 2, n°s 9 et 10 ; Zachariæ, tome 4, § 608 ; Agen, 20 février 1807 ; Sir., 7, 2, 204 ; Dall., 12, 301 ; Nîmes, 14 mai 1818

244. On pensait assez généralement, sous l'ancienne législation (1), que le droit de retour ne s'étendait point aux meubles. La généralité des expressions de l'art. 747 ne permet pas de douter qu'il s'étend aujourd'hui à toutes les choses meubles ou immeubles, pourvu qu'il existe un acte de donation. Mais comme le droit ne peut s'exercer que sur les choses qui existent encore en nature, il peut y avoir beaucoup de difficultés lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent. Si elle avait été donnée en dot, le donateur succéderait à l'action en reprise.

245. Mais si c'est une somme donnée à un enfant non marié, ou donnée pour entrer en communauté, il est bien difficile de la retrouver précisément en nature.

M. Maleville pense que si le donataire avait placé la somme, soit en prêt à des tiers qui ne fussent pas libérés, soit en acquit de ses propres, soit en acquisition de fonds encore existans dans ses mains à son décès, le droit de retour aurait lieu : il l'admet dans tous les cas où la somme n'a pas péri dans les mains du donataire, et où elle n'a pas été dissipée sans emploi utile.

Cette décision équitable mérite des explications. Si le donataire a acquis un fonds en déclarant que le prix a été payé avec la somme que lui a donnée son père, cette terre tient la place de la somme donnée, et le père doit, ce semble, y succéder par droit de retour (*a*). Mais s'il n'y avait point de déclaration d'emploi, l'ascendant donateur n'aurait rien à prétendre. Si le donataire a employé la somme à l'acquit d'une dette, il me semble encore que l'ascendant n'a rien à réclamer par droit de retour : cet emploi équivaut à une aliénation, quoiqu'il ait procuré de l'utilité au donataire.

Si la somme a été donnée en prêt, avec déclaration qu'elle provenait du don fait par le père du donataire, il paraît certain que le billet reviendrait à ce dernier, en vertu du droit de retour.

Mais si le billet a été remboursé, la somme n'existe plus en nature ; il en est de même si elle n'a pas été colloquée, et qu'elle ne se trouve plus dans la succession du donataire.

Mais, dans ces deux cas, si l'on retrouve dans la succession une somme en numéraire pareille à celle donnée, ou même plus grande, il paraît juste que l'ascendant donateur reprenne celle qu'il a donnée,

---

Sir., 20, 2, 38; Dall., 12, 302; rej. 30 novembre 1819; Sir., 20, 1, 107; Dall., 12, 303; Bastia, 25 juin 1839, Journal du Palais, tome 2, 1840, page 23. Comp. toutefois Delvincourt, tome 2, note 8 de la page 19.

(1) *V.* Pothier, *des Successions*, page 231; Lebrun, *ubi suprà*, no 45 et suivans; Bourjon; Duparc-Poullain, sur l'art. 595; le *Nouveau Répertoire*, vo Reversion, sect. 2, § 2, art. 2. — (*a*) Comp. toutefois rej. 7 février 1827; Sir., 27, 1, 145; Dall., 25, 1, 134.

parce qu'alors la somme se retrouve en nature, quoiqu'on ne puisse pas dire que ce soient les mêmes espèces (*a*).

N'en serait-il pas de même si, au lieu de numéraire, on trouvait des billets et autres crédits suffisans pour faire la somme?

Les expressions employées dans l'art. 747 sont trop laconiques pour qu'on puisse résoudre ces questions avec certitude, jusqu'à ce que la jurisprudence ait fixé l'interprétation qu'il faut lui donner, et décidé s'il faut s'attacher scrupuleusement à la lettre, ou suivre l'esprit de la loi; interprétation qui nous paraît préférable. En attendant, on peut consulter le Commentaire de M. Chabot, sur l'article 747, n° 22 et suiv., où les questions relatives au retour des meubles, argent ou billets donnés, sont savamment traitées.

## CHAPITRE IV.

### *Des successions irrégulières.*

### SECTION PREMIÈRE.

*Des droits des enfans naturels sur les biens de leurs père et mère, et du droit de succéder aux enfans naturels décédés sans postérité.*

SOMMAIRE.

216. La loi n'accorde que des alimens aux enfans adultérins ou incestueux Conciliation des art. 335 et 342 avec l'art. 762.
217. Les enfans légalement et *librement* reconnus ont seuls le droit de succession irrégulière
218. Nature de ce droit.
219. Ce n'est pas seulement une créance, mais un droit réel.
250. Comparable au droit du légataire à titre universel.
251. Quotité de ce droit. Texte de l'art. 757.

*a*) Je crois que l'auteur va trop loin et qu'il étend le droit de retour légal hors des limites indiquées par la loi. En effet, l'art. 747.2° n'admet l'ascendant à l'exercer, en cas d'aliénation des biens donnés, qu'autant que le donataire est encore créancier de tout ou partie du prix. Conséquemment, si le prix a été acquitté et que les deniers en provenant aient été confondus avec le surplus de l'hérédité sans qu'il soit resté trace de leur origine, l'ascendant donateur ne peut plus rien prétendre. Or, s'il en est ainsi pour le prix d'objets mobiliers ou immobiliers, on ne voit pas pourquoi la décision serait différente, lorsqu'il s'agit de sommes ou de créances qui ont été remboursées et dont l'origine n'est pas constatée. Dira-t-on que ce sont des choses fongibles, des valeurs qui se trouvent exactement remplacées par d'autres. Cela est vrai pour le prêt de consommation. Mais rien ne prouve que la règle précitée s'applique au retour légal. Comment comprendrait-on d'ailleurs que le donateur de corps certains, d'immeubles, par exemple, qui seul autrefois était appelé à l'exercer, se trouvât aujourd'hui moins favorisé qu'un donateur de sommes ou de créances. *V.* en ce sens Duranton, tome 6, n° 34 et suiv.; Zachariæ, tome 4, § 608, note 32. Comp. toutefois Chabot, art. 747, n° 22; Grenier, *Donations*, n° 598; Merlin, *Répert.*, v° Réserve, sect. 2, § 2, n° 2, rej. 30 juin 1817; Sir., 17, 1, 313, Dall., 12, 298.

252. Manière facile de la connaître, quand il y a plusieurs enfans.
253. Elle est toujours la même, lorsque les père et mère n'ont laissé ni descendans légitimes, ni ascendans.
254. Elle est de la moitié des biens, si le défunt laisse des frères, des sœurs, ou des descendans d'eux; ils représentent leurs père ou mère.
255. *Quid*, si les frères ou sœurs renoncent ou sont déclarés indignes?
256. Du cas où la succession se divise entre l'ascendant d'une ligne et les collatéraux de l'autre ligne.
257. Le bâtard a droit à la totalité des biens, s'il n'y a point de parens au degré successible.
258. Il n'a pas de droit sur les biens donnés en avancement d'hoirie aux enfans légitimes.
259. Les enfans légitimes du bâtard, mais non ses enfans naturels, peuvent réclamer ses droits sur la succession de leur aïeul.
260. Les enfans naturels ne peuvent rien recevoir au-delà de ce que la loi leur accorde.
261. Les père et mère des enfans naturels ne peuvent les adopter.
262. Les père et mère peuvent réduire la portion qui leur est assignée, et comment.
263. Le bâtard a une réserve sur les biens de ses père et mère, même sur ceux donnés entre vifs avant sa reconnaissance.
264. Comment elle est réglée, s'il n'y a ni descendans légitimes, ni ascendans, ni frères, ni sœurs, etc.
265. Comment, s'il y a des descendans légitimes.
266. Comment, s'il y a des descendans, des frères ou sœurs, etc.
267. Résumé.
268. De l'envoi en possession des enfans naturels.
269. A qui passent leurs biens à leur décès.
270. Si le droit de l'enfant naturel s'ouvre par l'absence de ses père et mère.

246. Nous avons vu, tome 2, n° 916 qu'on divise les enfans naturels en deux classes. La première comprend ceux dont le père et la mère pouvaient, sans nul empêchement, contracter un mariage légitime au moment de la conception; et la seconde, ceux qui sont nés d'un commerce adultérin ou incestueux.

Ce n'est qu'aux enfans naturels de la première classe que le Code accorde les droits de succession irrégulière dont il s'agit dans cette section : il les refuse expressément aux adultérins ou incestueux, pour ne leur accorder que des alimens (762), dont la quotité est fixée par le magistrat, eu égard aux facultés du père ou de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers légitimes (art. 76 ).

Mais si le père ou la mère de ces enfans leur ont fait apprendre un art mécanique, ou si l'un d'eux leur a assuré des alimens de son vivant, ils ne peuvent élever aucune réclamation contre la succession (764).

On avait d'abord trouvé de la difficulté à concilier l'art. 762, qui accorde des alimens aux enfans adultérins ou incestueux, et les articles 335 et 342, qui défendent de les reconnaître et de les admettre à la recherche, soit de la paternité, soit de la maternité. Mais nous avons déjà observé dans le liv. 1er tome 2, n° 967, que cette contra-

riété apparente disparaît par une distinction fort simple. En défendant de reconnaître les enfans adultérins ou incestueux, l'art. 335 a eu pour objet d'empêcher que cette reconnaissance ne leur conférât les droits de succession irrégulière, mais non pas de dispenser ceux qui ont reconnu ces enfans de les nourrir. Ainsi, la reconnaissance ne peut leur conférer le droit de succession irrégulière, mais elle leur donne une action alimentaire contre la succession de leur père ou de leur mère, conformément aux art. 762 et suivans du Code.

247. Les enfans naturels ne sont point héritiers; la loi ne leur accorde de droits sur les biens de leur père et mère décédés, que lorsqu'ils ont été légalement reconnus (756), c'est-à-dire par un acte authentique, comme nous l'avons dit tome 2, n° 949

Il faut de plus qu'ils aient été librement reconnus pour prétendre des droits sur la succession de leur père. La reconnaissance, même authentique, faite par des transactions sur procès, ou sur des contestations apparentes ou déjà formées, sont sans effet, et ne donnent à l'enfant aucun droit sur les biens de son père décédé (1).

248. Les dispositions du Code sur l'état et les droits des enfans naturels forment une législation toute nouvelle, restée imparfaite faute de développemens suffisans. Chaque jour voit naître des questions indécises, qui ne peuvent être résolues que par la voie de l'interprétation de la loi; et malheureusement l'ensemble de ses dispositions ne présente point un système assez complet, assez suivi pour en tirer des conséquences directes applicables aux différens cas. En sorte que chacun interprète la loi suivant l'esprit qu'il lui prête, c'est-à-dire suivant que ses opinions personnelles sont plus ou moins favorables aux enfans naturels. De là ces controverses et ces décisions contradictoires, qu'on trouve dans les écrits des jurisconsultes, et dans les recueils d'arrêts.

Il importe, avant tout, de fixer la nature du droit que la loi donne aux enfans naturels sur les biens de leurs père et mère. Ces enfans ne sont point héritiers : l'art. 756 le dit expressément. Le droit de succession est un droit de famille qui ne peut leur appartenir, puisqu'ils n'ont pas de famille : *nec gentem, nec familiam habent.* Mais le sang de leurs père et mère coule dans leurs veines; on ne peut leur refuser les droits du sang. En donnant la naissance à un enfant naturel, ses père et mère contractent envers lui des obligations d'où dérivent les droits que la loi civile lui donne sur leurs biens, elle charge leur succession d'acquitter leur dette envers lui, s'ils ne l'ont point acquittée de leur vivant; elle fixe l'étendue incertaine et varia-

(1) *V.* ce que nous avons dit tome 2, n° 963. — [*V.* aussi mes notes.]

ble de cette dette, et donne, pour la réclamer, une action vers les héritiers appelés à la succession, et saisis de tous les biens.

Le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père et mère n'est donc point un droit héréditaire proprement dit; c'est un droit comparable à celui du légataire à titre universel.

L'art. 54 du projet de la commission, discuté au Conseil d'état, portait « que les enfans naturels n'ont qu'une créance sur les biens « de leurs père et mère décédés; la loi ne la leur accorde que lors- « qu'ils ont été légalement reconnus. » Sur l'observation de M. Cambacérès, alors consul, on évita le mot *créance*, et l'on se borna à déclarer que les enfans naturels ne sont pas héritiers, mais que la loi leur accorde *un droit* sur les biens de leur père ou mère décédés :

249. Mais quelle est la nature de ce droit? Est-ce un droit personnel, *jus ad rem*, ou un droit réel *jus in re*? En choisissant le mot *droit*, de préférence à l'expression *créance*, qui semblait caractériser un droit personnel, *jus ad rem*, le législateur n'a certainement point entendu des droits purement personnels contre l'héritier, mais des droits *réels*, des droits *dans* la succession sur laquelle il en établit l'exercice. Cela est si vrai, que dans l'art. 757 les droits de l'enfant naturel sont fixés à une quotité plus ou moins forte d'une *portion héréditaire*, et que le titre de ce chapitre qualifie le droit des enfans naturels de *successions irrégulières;* expression qui caractérise clairement, non pas une simple action personnelle contre l'héritier, mais un droit *réel*, un droit acquis, dès l'instant de l'ouverture de la succession, à la quotité indivise des choses héréditaires déterminées par la loi; en un mot, une portion de propriété (1). Nous examinerons dans la section suivante si l'héritier peut vendre les biens de la succession au préjudice du droit de l'enfant naturel.

250. Il nous suffit de faire ici remarquer que tous les jurisconsultes sont d'accord sur ce point fondamental. Le droit des enfans naturels sur les biens de leurs père et mère, est un droit de propriété, un droit réel, *jus in re*. Ils sont propriétaires de la portion des biens que la loi leur assigne, au moment même du décès de leur père et mère, avant même qu'ils en aient demandé la délivrance ou l'envoi en possession. Leur droit est, comme nous l'avons dit, comparable au

(1) *V.* Merlin, *Nouveau Répertoire*, v° Bâtard, § 4, page 563; v° Représentation, sect. 4, § 7, page 269. *V.* aussi Chabot, 5e édition, sur l'art. 756, nos 10 et 11. — [ *Sic* Paris, 22 mai 1813; Sir., 13, 2, 323; Dall., 12, 319, Bruxelles, 27 juillet 1827 (Journ. du Palais. à sa date), Poitiers, 10 avril 1832; Sir., 32, 2, 379, Nanci, 22 janvier 1838, Journ. du Palais, t. 2, 1843, p. 326. Conséquemment l'enfant naturel est autorisé à demander que la quote part à laquelle il a droit lui soit délivrée en nature, c'est-à-dire en objets héréditaires (*V* l'arrêt de Paris précité) ]

droit du légataire à titre universel; comme lui, ils ont, du jour du décès, un droit à la quotité fixée, droit transmissible à leurs héritiers ou ayant-cause; comme lui, ils sont obligés de demander la délivrance ou l'envoi en possession de la quotité qui leur est assignée : en un mot, ce droit est une espèce de legs que la loi leur fait pour acquitter celui que leurs père et mère auraient dû leur faire (*a*).

C'est dans ce sens qu'on peut dire avec le projet de Code, que la portion que la loi accorde « à l'enfant naturel sur les biens de ses père « et mère, n'est qu'une *créance* fondée sur l'obligation naturelle « qu'ils ont contractée envers lui (art. 54). »

251. Après avoir déterminé la nature du droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père et mère décédés, il faut en déterminer la quotité.

Elle est réglée par l'art. 757, qui porte :

« Le droit de l'enfant naturel sur les biens des ses père ou mère « décédés, est réglé ainsi qu'il suit :

« Si le père ou la mère a laissé des descendans légitimes, ce droit « est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait « eue s'il eût été légitime; il est de moitié, lorsque les père ou mère « ne laissent pas de descendans, mais bien des ascendans ou des « frères ou sœurs; il est des trois quarts, lorsque les père ou mère « ne laissent ni descendans, ni ascendans, ni frères, ni sœurs, ni « descendans de frères ou de sœurs. »

Si le père ou la mère laisse un fils légitime et un fils naturel, celui-ci doit avoir le sixième des biens, parce qu'il en aurait une moitié s'il était légitime, et qu'il ne doit avoir que le tiers de cette moitié; il n'aurait que le neuvième des biens, s'il y avait deux enfans légitimes; le douzième, s'il y en avait trois.

252. S'il y a plusieurs enfans naturels, chacun d'eux a le même droit. Pour connaître facilement la quotité des biens qui leur revient, il suffit de les ajouter tous aux enfans légitimes, et de multiplier leur

---

(*a*) L'enfant naturel a droit aux fruits, à dater de l'ouverture de la succession. Cette proposition ne peut souffrir de difficulté lorsqu'il recueille la succession tout entière: *fructus augent hereditatem.* Par la même raison, quand il ne prend qu'une part, il doit gagner les fruits, en ce qu'ils augmentent la succession. D'ailleurs la loi fixe la quote part qu'elle lui défère à une fraction de la portion héréditaire qu'il aurait obtenue s'il eût été légitime. Or, s'il avait été légitime, il aurait eu droit aux fruits de sa portion héréditaire, à dater de l'ouverture de la succession. Il doit donc, comme enfant naturel, avoir, à partir du même instant, droit aux fruits de sa quote part, sans quoi cette dernière ne représenterait plus exactement une fraction de la portion héréditaire qu'il aurait obtenue s'il avait été légitime. *Sic* Delvincourt, tome 2, note 4 de la page 21; Zachariæ, tome, 4, § 628, note 7. Comp toutefois rej. 22 mars 1841; Journ. du Palais, tome 1, page 606.

nombre réuni par trois : le produit donne la quotité du droit de chaque enfant naturel. S'il y a deux enfans naturels et un enfant légitime, total trois, la portion de chaque enfant naturel est du neuvième des biens.

Du douzième, s'il y a quatre enfans, tant naturels que légitimes; du quinzième, s'il y en a cinq; du dix-huitième, s'il y en a six, et ainsi de suite, en multipliant toujours par trois le nombre des enfans, tant naturels que légitimes (*a*).

253. Au contraire, dans le cas où il existe des ascendans, des frères ou sœurs, ou des descendans de frères ou sœurs du défunt, la moitié déférée à l'enfant naturel est toujours la même, sans augmenter ni diminuer, quel que soit le nombre des ascendans ou des frères et sœurs, quand il n'y aurait qu'un seul de ces parens, et dans le cas même où ce parent ne serait que d'une seule ligne : on ne considère point les lignes pour fixer le droit de l'enfant naturel; il n'a jamais que sa moitié, s'il est seul, et, s'ils sont plusieurs, ils la partagent entre eux, sans qu'elle puisse augmenter par leur nombre (*b*).

254. Nous avons dit que le droit de l'enfant naturel est de la moitié des biens, lorsqu'il existe des *descendans de frères ou de sœurs* du défunt; car si l'art. 757 ne parle que des *frères ou sœurs*, sans ajouter *les descendans d'eux*, l'art. 742 admet la représentation, dans tous les cas *en faveur des enfans et descendans de frères ou sœurs du défunt;* et comme l'art. 757 ne contient pas d'exception à cette règle générale, il nous paraît clair qu'on doit l'appliquer au cas où ces descendans sont à la place de leurs père ou mère, appelés à la succession d'un oncle, dans laquelle un enfant naturel vient réclamer la portion de biens que la loi lui accorde.

Cette proposition nous semblait tellement évidente, que nous n'avions fait que l'énoncer dans la première édition, en nous bornant à citer nos autorités en note.

Mais, à notre grand étonnement, l'opinion contraire a été suivie par cinq arrêts des Cour royales de Bruxelles, Bordeaux, Douai, Riom, Montpellier, Paris, et enfin par un arrêt de la section des requêtes de la Cour de cassation, rendu le 6 avril 1813 (*voy.* le recueil de Sirey, tome 13, page 161 et suiv.)

Malgré des autorités aussi importantes, nous croyons devoir per-

(*a*) Si l'un des enfans renonce ou est déclaré indigne, on devra dans le partage de l'hérédité ne pas le compter pour la fixation de la portion de l'enfant naturel. Même décision si un enfant légitime décédé laissait des descendans. Dans cette dernière hypothèse, la portion de l'enfant naturel serait du tiers de l'hérédité, car s'il avait été légitime il l'eût recueillie tout entière; Zachariæ, tome 4, § 605. *Secùs* Duranton, tome 6. n° 274; Chabot sur l'art. 757, n° 5. — (*b*) Comp. le n° 256 ci-après.

sister dans notre première opinion, parce qu'il nous semble que ces arrêts sont contraires à la loi.

Déjà l'une des lumières de la Cour de cassation, le savant Chabot, a élevé courageusement la voix pour combattre ces arrêts, et il a réfuté avec tant de force les raisonnemens qu'on leur donne pour appui, que nous nous contenterons de renvoyer à la cinquième édition de son ouvrage, tome 2, page 164 et suiv., n° 9.

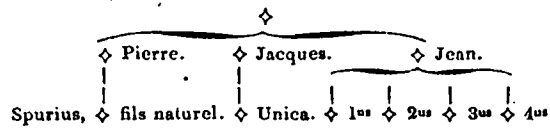
Nous observerons seulement que l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 6 avril 1813, contre les conclusions du ministère public, n'est fondé que sur un principe qui ne nous semble ni vrai, ni applicable à l'espèce. Le considérant porte que la loi a établi séparément un ordre pour les successions irrégulières.

Que dès lors il ne peut être question, dans l'espèce, où il s'agit de succession irrégulière, des principes généraux de représentation.

Il nous semble évident, au contraire, qu'il s'agit de succession régulière, lorsque les descendans du frère ou de la sœur sont appelés à la succession de leur oncle ou tante, dans laquelle un enfant naturel réclame des droits;

Et que, d'ailleurs, il n'est pas vrai que, sous l'empire du Code, la représentation ne soit pas admise en succession irrégulière, quand il s'agit d'enfans naturels.

Rendons la première de ces dispositions sensible par un exemple:




Pierre meurt, laissant pour héritiers légitimes quatre neveux, issus de son frère Jean, et Unica sa nièce, fille de son frère Jacques. La représentation étant établie, par l'art. 742, en faveur des enfans et descendans de frères ou sœurs du défunt, Unica, par représentation de Jacques son père, aura la moitié de la succession, et ses quatre cousins-germains chacun un huitième seulement. Il est bien évident qu'il s'agit ici d'une succession légitime.

Mais on découvre que Pierre a reconnu Spurius, son fils naturel, qui réclame les trois quarts des biens de la succession, parce que Jean et Jacques, frères du défunt, sont morts.

Qu'importe? dit Unica. Je représente mon père, et j'entre dans tous ses droits.

Vous ne pouvez le représenter, répond Spurius, parce qu'il s'agit de succession irrégulière, et parce qu'on ne peut, en succession irrégulière, invoquer les principes de la représentation.

Vous vous trompez en ces deux points, réplique Unica. D'abord, il s'agit évidemment de la succession régulière et légitime de mon oncle Pierre, à laquelle je suis appelée par représentation de Jacques mon père, et à laquelle, sans la représentation, je n'aurais pas de droit, par exemple, si Jacques mon père avait renoncé à la succession. Il faut donc suivre les principes de la représentation, qui me fait entrer dans la place et dans les droits de mon père, dont la présence vous réduirait à la moitié des biens de la succession de mon oncle. En un mot, ou je représente mon père, ou je ne le représente pas.

Si je le représente, j'entre dans tous ses droits; vous êtes réduit à la moitié des biens.

Si je ne le représentais pas, par exemple s'il avait renoncé, je serais exclue de la succession de mon oncle. Or, vous ne demandez pas que je sois exclue.

Il faut distinguer, peut dire Spurius; et c'est, je crois, la seule réponse qu'il puisse donner : vous représentez votre père quand il s'agit des droits à régler entre vous et *vos cousins germains et légitimes;* mais vous ne le représentez plus quand il s'agit de régler vos droits et ceux de votre *cousin germain naturel.*

Ainsi, cet argument, motif unique de l'arrêt rendu par la Cour de cassation, ce fameux argument qu'il ne peut être question de représentation en succession irrégulière, se réduit à dire que la représentation a lieu contre les cousins germains légitimes, mais qu'elle n'a pas lieu contre le cousin germain naturel ou bâtard. Quel renversement d'idées! Ne craignons point de le dire, la loi qui l'admettrait serait vicieuse.

Mais, de plus, est-il bien vrai qu'on ne puisse invoquer les principes de la représentation en succession irrégulière, comme il est dit dans le considérant de l'arrêt du 6 avril 1813? Cette proposition nous semble évidemment contraire aux articles 759 et 766 du Code. Le premier porte : « En cas de prédécès de l'enfant naturel, ses enfans « ou descendans peuvent réclamer les droits fixés (en faveur de leur « père) par les articles précédens. »

Ainsi, dans l'exemple précédemment proposé, si Spurius était décédé avant Pierre, mais décédé laissant des enfans ou des petits-enfans, ceux-ci pourraient réclamer les droits attribués à Spurius, leur père ou aïeul, en vertu de la représentation, qui a lieu à l'infini en ligne directe; et si Spurius laissait des enfans et des petits-enfans en concours les uns avec les autres, le partage s'opérerait par souches.

En collatérale, non-seulement les frères et sœurs naturels du bâ-

tard, mais encore les descendans de frères ou sœurs, lui succèdent (766); et, s'ils se trouvent en concours les uns avec les autres, le partage s'opère par souches, en vertu de la représentation, admise en collatérale en faveur des descendans de frères ou de sœurs en degrés égaux ou inégaux. Cependant il s'agit, dans l'art. 766, d'une succession irrégulière.

Il n'est donc pas vrai de dire que la représentation n'a pas lieu en succession irrégulière. Le temps et la réflexion dissiperont sans doute le préjugé trop favorable aux enfans naturels, qui a dicté les arrêts que nous avons cités, et nous devons espérer que si la question se représente à la Cour de cassation, elle la décidera autrement que dans l'arrêt du 6 avril 1813 (*a*).

255. Si les frères ou sœurs du défunt renonçaient ou étaient déclarés indignes, l'enfant naturel aurait les trois quarts, parce que ses parens plus éloignés, à qui la succession serait dévolue, ne pourraient argumenter du droit des frères et sœurs qu'ils ne représentent point (1); ainsi l'enfant naturel profiterait de la dévolution.

256. Lorsque la succession se divise entre les lignes paternelle et maternelle, et qu'il y a des parens de divers ordres; par exemple, lorsque l'ascendant d'une ligne est en concours avec les collatéraux de l'autre ligne, autres que des frères, sœurs ou descendans d'eux, l'enfant naturel, qui doit se faire envoyer en possession par les héritiers des deux lignes, ne peut demander que la moitié de la portion affectée à la ligne de l'ascendant; mais il peut demander les trois quarts de la portion affectée à l'autre ligne, où il ne se trouve que des collatéraux (2).

257. L'enfant naturel *a droit* à la totalité des biens, lorsque ses père et mère ne laissent pas de parens au degré successible (758).

---

(*a*) La Cour de cassation a persisté dans sa jurisprudence. *V.* rej. 20 février 1823; Sir., 23, 1, 166; Dall., 21, 1, 130; *id.*, 28 mars 1833; Sir., 33, 1, 284; Dall., 33, 1, 167. *V.* aussi Agen, 16 avril 1822; Sir., 23, 2, 65; Dall., 8,642, Rouen, 14 juillet 1840; Dev., 40, 2, 524; Dall., 40, 2,718, Journ. du Palais, tome 2, 1840, page 718. *V.* dans le sens de l'auteur Maleville, sur l'art. 757, Merlin, *Répert.*, v° Représentation, sect. 4, § 7; Delvincourt, tome 2, note 4, de la page 22; Duranton, tome 6, n° 288; Zachariæ, tome 4, § 605, texte et note 9. Ajoutons que les frères et sœurs et leurs descendans forment un ordre particulier d'héritiers; que les ascendans en cette seule qualité, et quand même ils ne pourraient invoquer le bénéfice de la représentation, devraient faire réduire l'enfant naturel à la moitié; qu'on ne comprendrait pas en effet qu'étant préférables aux ascendans, ils fussent appelés à recueillir dans la succession une part inférieure à celle que la loi défère à ces derniers. *V.* Duranton et Zachariæ, *loc. cit.* — (1) Chabot, sur l'art. 757.— [*V.* la note qui précède.]—(2) Chabot, sur l'art. 757, n° 12, page 205, 5e édit.— [*V.* aussi Delvincourt, tome 2, note 4 de la page 22; Paris, 30 pluviose an XIII; Sir., 5, 2, 109. *Secùs* Duranton, tome 6, n° 287; Zachariæ, tome 4, § 605.]

Mais, en ce cas-là même, la loi ne lui donne ni la qualité, ni la prérogative d'un héritier : il n'est pas saisi de plein droit; il doit toujours se faire envoyer en possession par justice (724).

258. Il nous paraît que le droit de l'enfant naturel ne s'étend pas sur les biens donnés en avancement de droits successifs, aux héritiers légitimes ou à quelques-uns d'entre eux, sans quoi leur condition serait pire que celle des donataires étrangers.

L'art. 857 dit expressément que *le rapport n'est dû que par l'héritier à son cohéritier*. Or, l'enfant naturel n'est pas héritier; et c'est pour ne pas rendre la condition des enfans naturels égale à celle des enfans légitimes, que la loi leur a refusé l'honorable titre d'héritier. Le texte de la loi est positif.

Cependant l'opinion contraire a des partisans très instruits, qui, en convenant que le rapport n'est pas dû à l'enfant naturel, distinguent entre l'imputation et le rapport. Si, par exemple, sur une fortune de 48,000 fr.; un père qui laisse deux enfans légitimes et un enfant naturel avait fait à l'un des premiers un don entre vifs de 3,000 fr., en avancement des droits successifs, cette somme, suivant eux, rentrerait dans le patrimoine du défunt, pour régler le droit de l'enfant naturel, non par l'effet d'un rapport forcé qu'il ne peut exiger, mais parce que les dons et avancemens d'hoirie ne sont que la simple avance d'une partie de ce qui reviendra à l'enfant avantagé dans la succession *ab intestat*, et qu'il est juste qu'il *impute* sur sa portion ce qu'il a reçu d'avance. Ces personnes prétendent que ce n'est point là un rapport, mais une imputation.

Au contraire, si, sur les 48,000 fr., le père en a donné 46,000 à ses deux enfans légitimes, en laissant 2,000 fr. sans disposition, l'enfant naturel n'a rien à réclamer vers les enfans légitimes, s'ils s'en tiennent à leur don; mais s'ils voulaient, en qualité d'héritiers, réclamer un droit sur les 2,000 fr. restés sans disposition, l'enfant naturel pourrait les forcer d'imputer ce qu'ils ont reçu sur la part qu'ils auraient eue *ab intestat*.

Cette décision paraît équitable; mais elle ne résout pas la question.

Supposons, dans l'espèce proposée, que le père commun ait donné 3,000 fr. en avancement d'hoirie à chacun des deux enfans légitimes. Ces deux avancemens se compensent, et les deux frères, n'ayant rien à se demander, n'ont à partager que 42,000 fr. restant dans la succession du père décédé; l'enfant naturel pourra-t-il leur demander l'imputation de ce qu'ils ont reçu sur leurs portions héréditaires?

Ce serait évidemment les obliger à un rapport forcé, qui, de l'aveu

des partisans de l'opinion que nous combattons, ne peut être dû par les enfans légitimes, que la loi reconnaît seuls pour de vrais héritiers, à l'enfant naturel, qui n'a pas cette qualité.

Cela posé, supposons que les 6,000 fr. en avancement d'hoirie ont été donnés à l'un des enfans légitimes : au lieu de venir en moins prenant, il donne 3,000 fr. à son frère, et tous les deux demandent à partager les 42,000 fr. restant à la mort du père. L'enfant naturel pourrait-il, par voie d'action, demander que cette somme fût remise à la masse de la succession ? Il nous semble que ceux qui conviennent qu'il ne peut exiger de rapport, ne sauraient raisonnablement soutenir l'affirmative, et qu'on ne peut pas dire que ce n'est ici qu'une imputation.

Nous pensons donc que le rapport dû par l'un des héritiers légitimes aux autres, n'entre point en considération pour calculer la portion que la loi attribue aux enfans naturels.

Néanmoins, M. Chabot, dans sa cinquième édition, sur l'art. 757, n° 17, persiste à penser que le droit de l'enfant naturel s'étend sur les biens donnés aux héritiers légitimes, en avancement de droits successifs, et qu'il a droit d'en exiger le rapport.

Cet auteur convient qu'en ne considérant que l'art. 756, l'enfant naturel ne devrait avoir aucun droit sur les choses dont le rapport est ordonné par l'art. 857, puisqu'il n'est pas héritier, d'après l'article 756.

Mais notre savant auteur répond que la disposition de l'art. 857 est modifiée par l'art. 757, qui porte que le droit de l'enfant naturel consiste dans une quotité *de la portion héréditaire qu'il aurait eue, s'il eût été légitime.*

Or, il n'aurait pas entièrement cette quotité, s'il ne profitait pas du rapport dû par les héritiers légitimes; et ainsi, quoique l'enfant naturel n'ait pas la qualité d'héritier, il peut cependant exiger des héritiers légitimes le rapport de ce qu'ils ont reçu, pour avoir toute la quote part qu'a voulu lui donner l'art. 757.

Il nous est difficile de croire qu'une simple énonciation de l'article 757, qui se trouve au chapitre des successions irrégulières, puisse être considérée comme une modification de l'art. 857, qui dit énergiquement, en termes négatifs, que *le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier.* Il nous semble bien plutôt qu'en disant que le droit de l'enfant naturel consiste dans une quotité de portion héréditaire qu'il aurait s'il avait été légitime, l'art. 757 n'a eu en vue que le cas le plus ordinaire, celui où les héritiers viennent partager les biens qu'un défunt en mourant laisse dans sa succession. Or, il est certain que les biens qu'il avait donnés à ses héritiers ne s'y

trouvent pas, puisque les créanciers n'ont aucun droit sur ces biens.

Au reste, la nouvelle législation introduite par le Code, à l'égard des enfans naturels, est tellement imparfaite, ses dispositions si peu suffisantes pour en déduire des conséquences certaines, qu'il n'est pas étonnant de voir les meilleurs esprits divisés sur les questions qu'elles font naître.

Un arrêt de la Cour d'appel d'Amiens, rendu le 26 novembre 1811, a jugé que le rapport était dû à l'enfant naturel. Nous pensons, d'après les raisons ci-dessus exposées, que cet arrêt est contraire à la loi (*a*).

259. En cas de prédécès de l'enfant naturel, ses enfans ou descendans légitimes peuvent réclamer les droits que la loi donnait à leur auteur (759).

S'il ne laissait que des enfans naturels, ils n'auraient aucun droit sur la succession de leur aïeul, suivant la règle établie par l'art. 756, qui n'accorde aucun droit aux enfans naturels *sur les biens des parens de leurs père ou mère* (1).

---

(*a*) Dans l'affaire sur laquelle a statué la Cour d'Amiens, il s'agissait d'une question de réduction et non de rapport. Toutefois dans les considérans de l'arrêt la question de rapport est traitée accessoirement et décidée en faveur de l'enfant naturel, et je pense que c'est avec raison. L'argument que l'on tire de l'art. 757 me paraît décisif. On oppose que l'enfant naturel n'est pas héritier, et que, d'après la première partie de l'art. 857, le rapport n'est dû qu'entre cohéritiers. C'est entendre cette disposition d'une manière trop restrictive. Le sens du mot *cohéritier* est ici précisé par la disposition qui suit immédiatement et qui ne parle que des légataires et des créanciers de la succession. Ainsi la maxime précitée a simplement pour but d'indiquer que ces derniers ne peuvent exiger le rapport: mais comme on le voit, on ne saurait l'opposer aux enfans naturels. *V.* en ce sens Zachariæ, t. 4, § 638; Duranton, t. 6, nos 298 et 299. Comp. aussi Paris, 5 juin 1826; Sir., 29, 2, 229; Dall., 26, 2, 202. Rej. 28 juin 1831; Sir., 31, 1, 279; Dall., 31, 1, 217. Ajoutons que l'opinion proposée par M. Toullier est en contradiction avec celle qu'il émet au no 263, à savoir que l'enfant naturel a droit à une réserve. Le rapport devra se faire, soit en nature, soit en moins prenant, conformément aux dispositions des art. 858 et suiv.; Zachariæ, *loc. cit.* Comp. toutefois l'arrêt précité de la Cour de Paris. — (1) Cependant M. Maleville, en convenant que cette raison est très forte, prétend qu'il fut dit au Conseil d'état que, dans ce cas, les fils naturels du bâtard prédécédé auraient droit sur la succession de leur aïeul, dans la proportion du droit qu'ils auraient dans la succession même de leur père; en sorte que celui-ci ayant eu droit à un tiers, ses enfans naturels ne pourraient réclamer que le tiers de ce tiers, autrement un neuvième dans la succession de l'aïeul, tandis que le fils légitime de l'enfant naturel obtiendrait le tiers entier. M. Maleville, pense donc que *la volonté du législateur*, consignée dans le procès-verbal, doit l'emporter sur l'art. 756, et que l'art. 759 doit être considéré comme une exception, d'autant plus qu'il ne parle pas uniquement des enfans légitimes du bâtard, mais de ses enfans en général. Il est bien difficile de se rendre à ces raisons. Le Conseil d'état n'est point législateur; il n'a que l'initiative de la loi, ou plutôt il n'est chargé que d'en rédiger le projet, qui n'a force de loi que lorsque le projet est décrété par le corps législatif, et promulgué suivant les formes constitutionnelles. Ajoutez à cela que l'observation dont parle M. Ma-

260. Les enfans naturels ou leurs descendans ne peuvent rien recevoir, directement ni indirectement (*a*), de leurs père et mère, au-delà de ce qui leur est accordé par la loi (908).

Il en résulte qu'ils sont tenus d'imputer, sur ce qu'ils ont droit de prétendre, tout ce qu'ils ont reçu du père ou de la mère dont la succession est ouverte, et qui serait sujet à ce rapport, suivant les règles établies pour les successions régulières (art. 760) (*b*).

Les père et mère à qui la loi permet d'avantager leurs enfans légitimes, n'ayant pas le même droit à l'égard de l'enfant naturel, ils ne peuvent rien lui donner par préciput et hors part; ils ne peuvent, directement ni indirectement, augmenter la portion que la loi lui assigne.

---

leville ne fut pas adoptée. Le consul Cambacérès demanda, dans la séance du 2 nivôse an XI, page 259 du *Procès-Verbal*, si l'enfant naturel du bâtard jouira du bénéfice de l'art. 759. M. Berlier observa que l'article ne peut s'appliquer à un tel enfant, parce qu'il n'est pas héritier. Le consul Cambacérès objecta que, quoique « l'enfant naturel ne soit pas héritier, il a cependant droit à un tiers « d'une part héréditaire dans la succession de son père. L'article transmet ce « droit à ses descendans; or, s'il n'a que des enfans naturels, ils auront un neu- « vième dans la succession de leur aïeul. » Mais le *Procès-Verbal* ne porte point que le Conseil ait eu égard à cette objection; au contraire, il porte simplement : « L'article est adopté. » Ainsi, l'observation de M. Berlier subsista, et l'objection de M. Cambacérès ne produisit aucun amendement. Quant à l'observation que l'art. 759 parle des enfans ou descendans en général, il suffit de répondre que cet article ne peut être entendu que des enfans et des descendans légitimes, puisqu'il leur accorde en entier les droits qu'aurait eus leur père. Telle est aussi l'opinion de M. Chabot, dans la 5e édition de son *Traité des successions*, tome 2, page 219 et suiv.—[*V.* aussi Zachariæ, tome 4, § 605, note 15 Dans le sens de M. Maleville, Delvincourt, tome 2, note 6 de la page 22; Favard *Répert.*, vo Succession, sect. 4, § 1, no 14. Comp. Duranton, tome 6, no 295 Les enfans légitimes de l'enfant naturel renonçant ou indigne peuvent recueillir dans la succession du père de ce dernier la portion à laquelle il aurait eu droit. Les expressions *en cas de prédécès* de l'art. 759 n'impliquent point nécessairement qu'ils ne sont admis à recueillir cette portion que par représentation Elles sont, comme dans plusieurs autres articles (*V.* notamment art. 750 et 766), les équivalens de ces mots : *à défaut de*. M. Belost-Jolimont (sur Chabot, observ. 3. art. 759) a d'ailleurs fait observer avec raison que nul n'étant admis à recueillir par représentation une hérédité à laquelle il n'eût pas, en l'absence d'héritiers ou de successeurs plus proches, été appelé de son propre chef, il fallait en conclure que, si les descendans de l'enfant naturel pouvaient par représentation de ce dernier succéder à son père, ils devraient également être reçus à lui succéder de leur propre chef. *V.* Zachariæ, tome 4, § 605. Comp. toutefois Chabot, art. 759, nos 2104.]

(*a*) Ou par personnes interposées; Paris, 15 juin 1838; Journ. du Palais, t. 2, 1838, page 440, Paris, 4 mai, 1840; Journ. du Palais, t. 1, 1840, p. 699. —(*b*) L'imputation n'est autre chose qu'un rapport en moins prenant. Il en résulte, comme le fait observer M. Zachariæ, tome 4, § 638, que la somme à imputer par l'enfant naturel doit être fictivement réunie à la masse héréditaire pour la fixation du montant de la quote part à laquelle il a droit, et qu'il doit compte à la masse, conformément à l'art. 856, des fruits et intérêts que les objets reçus auront produits depuis l'ouverture de la succession. *V.* toutefois rej. 11 janvier 1831; Sir., 31, 1, 18; Dall., 31. 1, 60.

261. Il en résulte naturellement qu'ils ne peuvent l'adopter sans éluder les dispositions de l'art. 756, qui dit que l'enfant naturel n'est pas héritier; de l'art. 338, qui veut qu'il ne puisse réclamer les droits d'enfant légitime; de l'art. 757, qui fixe ses droits à une portion moindre que celle d'enfant légitime; enfin de l'art. 908, qui veut qu'il ne puisse recevoir, par donation ou testament, une portion plus forte que celle qui est fixée au titre des successions. Cependant la jurisprudence avait varié, et paraissait même se fixer en faveur des enfans naturels, sur la foi de certains procès-verbaux obscurs, cités par M. Locré, secrétaire du Conseil d'état, lorsque le Code civil y fut discuté (*voy.* l'Esprit du Code, tome 5, page 418 et suiv.)

Mais, enfin, l'adoption des enfans par leurs pères ou mères naturels, étant aussi contraire aux principes de l'adoption qu'à la morale, a été proscrite et rejetée (1).

262. Si les père et mère de l'enfant naturel ne peuvent augmenter la portion de biens que la loi lui assigne, ils peuvent la réduire. L'art. 761 lui interdit toute réclamation, lorsque les père et mère lui ont donné, *de leur vivant*, la moitié de ce qui lui est attribué par les art. 757 et 758, avec déclaration expresse que leur intention est de réduire l'enfant naturel à la portion qui lui est assignée.

Remarquez que cette réduction est indépendante de celle qui peut résulter des dispositions permises aux père et mère, jusqu'à concurrence de la portion disponible; en sorte que l'enfant naturel, déjà réduit à ne prendre part que dans les biens indisponibles, ou dont les père ou mère n'ont pas disposé, peut encore être réduit à n'avoir, dans ces biens, que la moitié des droits déterminés par les art. 757 et 758 (*a*).

---

(1) *V.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 14 novembre 1815, et surtout les conclusions données par M. Merlin à cette occasion; elles sont, avec l'arrêt, rapportées par Sirey, tome 16, 1re partie, page 45 et suivantes de son Recueil. — [*V.* mes observations sur le no 988 du tome 2.] — (*a*) La réduction dont il est question dans l'art. 761 est indépendante de celle qui peut résulter des dispositions permises aux père et mère jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Rien de plus vrai. Mais lorsque l'auteur ajoute que l'enfant peut être réduit à ne recevoir dans les biens *indisponibles ou dont les père et mère n'ont pas disposé*, que la moitié des droits déterminés par les art. 757 et 758, évidemment il se trompe. Si cette doctrine était admise, il en résulterait que l'enfant naturel qui, selon M. Toullier, ne peut, pour empêcher la réduction, refuser d'accepter ce que son père veut lui donner, se trouverait exposé, quelle que fût la fortune de ce dernier, à recevoir pour droits héréditaires la somme la plus minime. Un enfant naturel peut subir sur sa portion héréditaire deux sortes de réductions : l'une directe qui peut aller jusqu'à la moitié de cette portion, lorsque le père ou la mère lui donnent de leur vivant avec déclaration expresse que leur intention est de le réduire à la portion qu'ils lui ont assignée : c'est le cas de l'art. 761; l'autre indirecte, au moyen de libéralités faites à des tiers : il en est question ci-après, nos 264 et suiv. Mais ces deux

L'art. 761 ajoute : « Dans le cas où cette portion serait inférieure à la moitié de ce qui devrait revenir à l'enfant naturel, il ne pourra réclamer que le supplément nécessaire pour parfaire cette moitié. »

Cet article semble donc exiger deux conditions : 1° déclaration expresse de la volonté de réduire, sans quoi les père et mère seraient censés n'avoir donné qu'en avancement de droits, et à valoir sur la portion légale; 2° tradition effective, pendant la vie des père ou mère, des choses par eux données pour tenir lieu de cette portion légale.

Ces deux conditions sont exigées cumulativement.

De là on a conclu, et on est d'accord sur ce point, que si un père naturel s'était borné à déclarer, dans un acte entre vifs ou testamentaire, qu'il veut réduire son enfant naturel à la moitié de la portion fixée par la loi, sans lui avoir remis de son vivant la somme ou la portion de biens déterminée par l'acte de réduction, l'enfant naturel serait autorisé à réclamer la portion entière que lui attribue la loi (*a*).

Mais il n'en faut pas conclure que la réduction n'aurait pas lieu, si le père s'était réservé la jouissance des biens donnés entre vifs à l'enfant naturel, ou s'il avait stipulé un terme de paiement, pourvu que ce terme ne fût pas celui de sa mort.

Dans ces deux cas, l'enfant a reçu une chose certaine, puisque la propriété de la chose donnée lui a été transférée dès le moment de la donation : il a pu lui-même en disposer. L'époque de la jouissance a seulement été différée (*voy.* Chabot, tome 2, page 264) (*b*).

On peut demander si l'enfant naturel peut empêcher la réduction, en refusant de recevoir ce que le père veut lui donner. C'est une question importante, dont la solution nous paraît dépendre de la manière dont on doit envisager la faculté accordée au père et à la mère, de réduire la quotité de biens attribuée par la loi à leur enfant naturel reconnu, en lui donnant, de leur vivant, la moitié de cette quotité, avec déclaration que leur intention est de le réduire à la portion qu'ils lui ont assignée.

Si l'on ne considère cette faculté que comme une permission donnée aux père et mère de prendre avec leur enfant naturel des *arrangemens* sur leurs successions futures, de faire avec lui une *transaction*,

---

modes de réduction ne peuvent avoir lieu simultanément. Ajoutons que dans les deux cas le montant de l'hérédité devra être calculé conformément à l'art. 922.

(*a* Comp. Paris, 2 janvier 1819; Sir., 19, 2, 146; Dall., 17, 2, 19, Nancy, 22 janvier 1838; Journ. du Palais, tome 2, 1843, page 326. — (*b*) Toutefois on devra, pour apprécier la véritable valeur de la donation, tenir compte de la moins-value résultant des modalités sous lesquelles elle a été faite.

une *convention* défendue par l'art. 1130, entre les père et mère et leurs enfans légitimes, alors il est bien évident qu'il faut le consentement libre de l'enfant naturel pour opérer la réduction.

Si, au contraire, on considère la faculté de réduire comme une *disposition* que la loi permet aux père et mère naturels de faire dans l'intérêt de la société et des familles, soit pour retenir l'enfant dans le devoir, soit pour débarrasser leurs enfans ou héritiers légitimes de la présence d'un créancier odieux, qui, sans cette disposition, viendrait se présenter à la succession pour y réclamer son droit, alors il est bien évident que le consentement de l'enfant naturel n'est pas nécessaire au père ou à la mère, pour user de la faculté que la loi leur donne, et qu'ils peuvent le forcer de recevoir la portion de biens qu'ils lui assignent.

Le savant Chabot, tome 2, pag. 254, 260 et 263, paraît favoriser la première manière d'envisager la faculté de réduire, sans néanmoins en conclure que l'enfant naturel puisse, par son refus de recevoir, empêcher la réduction.

Mais le tribun Siméon, dans le discours qu'il prononça au Corps législatif, le 29 germinal an XI, pour énoncer le vœu du Tribunat, présenta la faculté de réduire l'enfant naturel sous le second point de vue. « Si, dit-il, pour la tranquillité et le repos de leur famille, les « père et mère ont eu soin *d'acquitter*, de leur vivant, *leur dette* « envers l'enfant naturel, si, en la *payant* par anticipation, ils ont « *déclaré* ne vouloir pas qu'il vînt après eux troubler leur succes- « sion, le Code maintiendra cette *disposition*, lors même que ce don « anticipé n'arriverait qu'à la moitié de la créance.... Une pareille « donation est utile, et pour l'enfant naturel qu'elle fait jouir plus « tôt, et pour la famille qu'elle débarrasse d'un créancier odieux. »

M. Chabot lui-même, dans le rapport qu'il fit au Tribunat, sur le titre des successions, le 26 germinal an XI, présenta également la faculté de réduire sous le même jour. « Il était convenable, dit-il, de « laisser aux père et mère cette faculté, qui retiendra les enfans dans « le devoir de la piété filiale. »

Nous pensons que cette manière d'envisager la faculté de réduire est la seule véritable, la seule qui soit dans l'esprit du Code civil. Il serait donc contraire au but qu'il s'est proposé d'exiger le consentement de l'enfant, pour l'exercice d'une faculté donnée aux père et mère comme un frein pour le retenir dans le devoir, et comme un moyen de maintenir la paix dans leur famille, en la débarrassant d'un créancier dont la présence ne peut jamais qu'être désagréable aux enfans ou autres héritiers légitimes.

Le magistrat domestique, le père de deux enfans légitimes, qui

veut punir par une réduction les écarts de l'un d'eux, et récompenser la piété filiale de l'autre, peut donner le tiers de ses biens à celui-ci sans le consentement du premier. Comment la loi eût-elle exigé le consentement de l'enfant naturel à la réduction permise, tandis qu'elle n'exige pas le consentement de l'enfant légitime?

Il est vrai que l'enfant légitime peut être réduit même par testament, tandis que l'enfant naturel ne peut l'être que par une disposition entre vifs. Il faut qu'il ait *reçu* du vivant des père et mère : de là peuvent naître des difficultés, en cas de refus, pour le contraindre à recevoir.

Mais alors le recours aux tribunaux serait ouvert. Si l'enfant naturel était mineur, le père ou la mère pourrait lui faire nommer un subrogé tuteur ou un curateur *ad hoc*, qui accepterait pour lui. En tout cas, sur le refus du subrogé tuteur, le tribunal pourrait ordonner que le don sera tenu pour accepté; et s'il s'agissait d'une somme d'argent, en ordonner la collocation dans le nom et au profit du mineur; et s'il s'agissait d'un immeuble, ordonner qu'il sera régi et administré par le subrogé tuteur, au nom et dans l'intérêt de l'enfant.

Le Code, qui a permis aux père et mère de réduire la quotité de biens attribuée aux enfans naturels en général, n'a pas entendu faire une exception à l'égard des mineurs. Il faut donc recourir aux formes prescrites à l'égard des affaires de mineurs.

Il résulte des explications que nous venons de donner, que le père ne peut, lorsqu'il ne dispose point de ses biens par acte entre vifs, et qu'il les laisse dans sa succession *ab intestat*, exclure son enfant naturel, soit d'une partie, soit de la totalité de sa portion légale (*a*).

(*a* Ainsi, d'après M. Toullier, l'enfant naturel ne peut empêcher la réduction en refusant de recevoir ce que son père veut lui donner. L'art. 761 est une disposition spéciale à laquelle ne se réfèrent plus les principes généraux sur les conventions. Ainsi le consentement de l'enfant naturel peut être suppléé par une décision de justice : seulement la loi lui permet de réclamer le supplément nécessaire pour parfaire la moitié de ce qui lui est attribué dans la succession *ab intestat*, dans le cas où cette moitié ne lui aurait pas été délivrée. Cette doctrine a été adoptée par la Cour de cassation. *V.* rej. 21 avril 1835; Sir., 35, 1, 243; Dall., 35, 1, 225. Je ne la crois pas exacte : l'arrangement que l'art. 761 autorise entre l'enfant naturel et son père constitue une véritable donation entre vifs. Toute donation entre vifs ne devient parfaite que par l'acceptation du donataire. Conséquemment celle dont il s'agit doit, pour produire tous ses effets, être acceptée par l'enfant naturel. Tels sont les vrais principes. L'art. 761 a-t-il eu pour but d'y déroger? Rien ne l'indique, et cependant une disposition précise eût été nécessaire: il y a plus, il résulte du passage précité du tribun Siméon que le but de l'article a été non de favoriser les parens légitimes au détriment de l'enfant naturel, mais de concilier leurs intérêts respectifs. Or, si la loi a voulu assurer un avantage à l'enfant naturel, on doit en conclure qu'elle requiert implicitement son consentement. *Invito beneficium non confertur.* En vain l'on objecte que si le consentement de l'enfant naturel est requis, la faculté de réduire deviendra illusoire; que le père de famille ne pourra jamais débarrasser sa famille d'un créancier dont la pré-

263. Mais ce que le père ne peut faire directement, peut-il le faire indirectement, en disposant par testament de la totalité ou de la plus grande partie de ses biens, de manière qu'il n'en reste point assez dans sa succession *ab intestat* pour la portion légale de l'enfant? Ou en d'autres termes, l'enfant naturel peut-il réclamer une réserve sur les biens dont ses père et mère sont décédés propriétaires? Un jurisconsulte d'un mérite supérieur (1) a soutenu la négative de la manière la plus séduisante (2), et il a prétendu que l'enfant naturel ne peut pas plus réclamer une réserve sur les biens dont ses père et mère ont disposé par testament, que sur ceux dont ils ont disposé par donation entre-vifs, parce que l'art. 913 n'accorde de réserve qu'aux enfans légitimes.

Mais cette opinion, qui n'a pas été suivie, ne paraît s'accorder ni avec le texte, ni avec l'esprit général du Code. L'art. 761 veut expressément que le père ne puisse réduire le droit légal de son enfant naturel à plus de la moitié, en lui donnant même *de son vivant*. Le même article veut implicitement que le père ne puisse ordonner aucune réduction par un testament, lorsqu'il ne dispose pas de ses biens. Or, comment distinguer entre le cas où le père se borne à prononcer la réduction directement et expressément, mais sans disposer de ses biens, et en les laissant dans sa succession *ab intestat;* et le cas où, sans prononcer la réduction directement et expressément, il l'opère réellement et effectivement, en disposant de la totalité de ses biens ou d'une partie assez considérable pour réduire la portion légale de l'enfant naturel? Comment la loi pourrait-elle permettre au père de faire indirectement ce qu'elle lui défend de faire directement?

---

sence ne peut jamais que lui être désagréable; qu'enfin le magistrat domestique se trouvera désarmé. En effet, si les offres du père sont raisonnables, il arrivera souvent que l'enfant les acceptera afin de jouir plus tôt. De plus, il n'est pas exact de dire que dans ce système le père sera désarmé, puisqu'il pourra toujours réduire son enfant naturel à sa réserve. Enfin, dans l'un et l'autre système, il est impossible de débarrasser la famille de la présence de l'enfant naturel, puisqu'à l'ouverture de la succession il devra nécessairement être admis à vérifier si ce qu'il a reçu équivaut à la moitié de sa portion héréditaire. *V.* dans le sens de notre opinion, Zachariæ, tome 4, § 605, note 18. Comp. Delvincourt, tome 2, note 8 de la page 22.

(1) Chabot, *Traité des successions*, art. 757.

(2) *Si Pergama dextrâ*
*Defendi possent, etiam hâc defensa fuissent.*
*Æneid. lib. 2, vers. 291.*

Depuis la 1re édition de cet ouvrage, M. Chabot a donné la 5e édition de son *Traité des successions*. Il convient que la grande majorité des jurisconsultes s'est prononcée contre son opinion, ainsi que la Cour de cassation, dans son arrêt du 26 juin 1809. Néanmoins il a cru devoir, tome 2, page 47 et suiv., développer les motifs de son opinion, et on ne lira point ces développemens sans fruit. Le propre des bons ouvrages est d'éclairer le lecteur, lors même qu'il ne peut adopter l'opinion de l'auteur.

Si l'art. 913, qui fixe la quotité de la réserve des enfans légitimes, garde le silence sur les enfans naturels, on n'en saurait conclure que le Code refuse une réserve à ces derniers, mais seulement qu'il ne s'en est pas occupé dans cet article. Mais cet article ne dit point qu'il n'y a pas de réserve en faveur des enfans naturels; et si l'art. 916 porte qu'à défaut d'ascendans et *descendans*, les libéralités, par actes entre vifs ou *testamentaires*, pourront épuiser la totalité des biens, il faut remarquer qu'il n'a point ajouté, à défaut de descendans *légitimes*, mais seulement à défaut de *descendans;* expressions qu'on ne peut restreindre aux descendans légitimes, puisqu'il résulte de l'article 761 que les père et mère ne peuvent réduire leurs enfans naturels au-dessous de la moitié de la portion qui devrait leur revenir.

Il y a donc une réserve établie en faveur des enfans naturels, suivant les inductions naturelles tirées du texte et suivant l'esprit du Code.

Il résulterait de l'opinion contraire, que les enfans naturels ne pourraient pas prétendre même des alimens contre la succession de leurs père ou mère, si elle était épuisée par des legs; ce qui rendrait leur condition pire que celle des enfans adultérins ou incestueux (1).

Il faut donc tenir pour maxime qu'il est dû une réserve aux enfans naturels sur les biens dont leurs père et mère ont disposé par testament. Cette maxime est consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, rendu le 26 juin 1809, sur les conclusions du savant procureur général Merlin.

Il est vrai que, dans cette espèce, où il y avait deux enfans, l'un légitime et l'autre naturel, le fils légitime, qui était en même temps légataire universel, n'avait pas osé soutenir qu'il n'était pas dû une réserve au fils naturel; ils ne disputaient que sur la quotité. L'enfant naturel prétendait le sixième de la succession, le fils légitime offrait le douzième, qui fut adjugé par la Cour d'appel de Pau. Le fils naturel s'étant pourvu, l'arrêt fut cassé, par le motif qu'il fallait adjuger le neuvième. La Cour pensa donc qu'il était dû une réserve, puisqu'elle cassa l'arrêt qui en avait adjugé une insuffisante.

Mais la réserve des enfans naturels s'étend-elle sur les biens donnés entre vifs, par les père ou mère? Peuvent-ils demander la réduction de ces donations? Dans la première édition de cet ouvrage, nous avions trop légèrement embrassé l'opinion de plusieurs savans auteurs qui soutenaient la négative (2). Cette distinction, entre les

(1) Comme l'a remarqué M. Merlin, dans les conclusions sur lesquelles fut rendu l'arrêt de la Cour de cassation, du 26 juin 1809, rapporté dans le supplément à ses *Questions de droit*, vo Réserve. — (2 MM. Jaubert, Maleville, et M. Chabot lui-même, 1re édition, sur l'art. 756, no 5, pages 152 et 153.

biens donnés entre vifs et les biens donnés par testament, nous paraît aujourd'hui sans fondement. Il nous est démontré qu'il y a contradiction évidente à soutenir que les enfans naturels ont une réserve sur les biens donnés par testament, et qu'ils n'en ont point sur les biens donnés entre vifs (1).

Il y a cependant une distinction à faire entre les biens donnés entre vifs avant ou après la reconnaissance de l'enfant naturel. Ce n'est que par sa reconnaissance (2) légale que l'enfant naturel acquiert des droits à l'égard des tiers. Ainsi, son droit ne peut s'appliquer aux biens dont ils étaient déjà propriétaires incommutables, avant qu'il fût reconnu. C'est ainsi que l'enfant adopté, quoiqu'il ait les mêmes droits que l'enfant né en mariage, ne pourrait cependant exercer la réserve sur les biens dont l'adoptant avait disposé entre vifs, avant l'acte d'adoption.

264. Voyons maintenant comment on doit régler la réserve de l'enfant naturel, lorsque ses père et mère ne laissent ni descendans légitimes, ni ascendans, ni frères, ni sœurs. En procédant par analogie, on trouve qu'elle doit être d'une portion de son droit de succession irrégulière, comme la réserve des enfans légitimes est une portion de leur droit héréditaire. Il faut seulement suivre la proportion qui existe entre les droits des enfans légitimes et ceux des enfans naturels; en un mot, la réduction du droit de l'enfant légitime doit servir de type ou de modèle à la réduction du droit de l'enfant naturel.

La réserve de l'enfant légitime, s'il est seul, est réduite à la moitié de son droit héréditaire, qui consistait dans la totalité des biens de ses père et mère : donc la réserve de l'enfant naturel, s'il est seul, doit aussi être réduite à la moitié de son droit de succession irrégulière, fixé aux trois quarts des mêmes biens. La réserve est la moitié de ces trois quarts, ou, ce qui revient au même, aux trois quarts de ce qu'elle serait s'il était légitime.

Supposons la fortune du père de 48,000 fr. : le fils naturel aurait eu 36,000 fr., ou les trois quarts de la succession *ab intestat*, si le

(1) C'est ce que M. Chabot a très bien démontré dans la 5e édition de son ouvrage, tome 2, page 92. M. Merlin, dans son *Répertoire*, vo Réserve, sect. 4, no 4, et M. Grenier, professent la même doctrine. — (2) Chabot, t. 2, p. 98.— [Rouen, 27 janvier 1844, J. du Palais, t. 2, 1844, page 126.— Cette distinction ne me paraît pas devoir être faite. Je crois avoir démontré dans mes notes sur le titre de l'adoption, et contrairement à l'opinion de l'auteur, que la réserve de l'enfant adoptif doit porter et sur les donations postérieures à l'adoption et sur celles qui ont eu lieu antérieurement. On peut consulter les raisons qui sont données à l'appui de cette opinion: elles sont exactement applicables à l'espèce actuelle. *V.* aussi Toulouse, 15 mars 1834; Sir., 34, 2, 537; Dall., 35, 2, 173.

père n'avait pas disposé; il ne peut prétendre pour sa réserve que la moitié de ces trois quarts, c'est-à-dire 18,000 fr.

On peut encore opérer d'une autre manière plus courte, dont le résultat est le même. Si l'enfant naturel était légitime, sa réserve serait de la moitié des biens, c'est-à-dire de 24,000 fr.; or, l'art. 757 le réduit aux trois quarts du droit d'un enfant légitime : donc sa réserve est réduite à 18,000 fr. formant les trois quarts de la réserve de l'enfant légitime.

Même opération s'il existe deux enfans naturels. La réserve de chacun d'eux serait de 16,000 fr. s'ils étaient légitimes; elle est réduite à 12,000 fr., formant les trois quarts de 16,000 fr.

S'il existait trois enfans naturels, ou un plus grand nombre, leur réserve serait des trois quarts ou de 36,000 fr. à partager entre tous; elle est réduite aux trois quarts de 36,000 fr., c'est-à-dire à 27,000 fr., qu'ils partageront entre eux, quel que soit leur nombre (*a*).

265. Passons au cas où il y a concours d'un enfant naturel avec un ou plusieurs enfans légitimes et un légataire universel.

En partant du principe que la réserve de l'enfant naturel doit être une quotité de celle qu'il aurait eue s'il était légitime, il en résulte que cette quotité est du tiers, s'il est en concours avec des enfans légitimes (757). Ainsi, pour trouver la portion héréditaire dont il doit avoir le tiers, il faut le compter momentanément au nombre des enfans légitimes, de manière que, s'il existe un enfant légitime et un naturel, on procède d'abord comme s'il y en avait deux légitimes, et s'il en existe deux légitimes et un naturel, on procède comme s'il y en avait trois, etc.

S'il y avait deux enfans légitimes, la portion disponible serait d'un tiers, la réserve des deux tiers. Chacun des légitimaires aurait pour sa part un tiers de tous les biens, c'est-à-dire 16,000 fr., en supposant une fortune de 48,000 fr. au père qui a fait un légataire universel La réserve de l'enfant naturel sera du neuvième de tous les biens, c'est-à-dire de 5,333 fr. quelques centimes, somme qui forme le tiers des 16,000 fr. qu'il aurait eus s'il avait été légitime.

---

(*a*) Le père d'un enfant naturel reconnu (n'ayant ni héritiers à réserve, ni frères ni sœurs) peut, en léguant le quart de ses biens au profit d'un étranger, disposer en faveur de son enfant naturel de la totalité des trois autres quarts auxquels celui-ci aurait droit *ab intestat*. Les collatéraux ne sont pas fondés à demander, dans ce cas, la réduction du legs de l'enfant et à prétendre qu'il n'a droit qu'aux trois quarts des trois quarts Rej. 11 mars 1837, Sir., 37, 1, 314; Dall., 37, 1, 277, J. du Palais, t. 1, 1837, p. 330. Le testateur, qui a institué son enfant naturel pour légataire universel, doit être considéré comme ayant voulu lui laisser la portion la plus élevée que la loi lui permettait de recueillir. Dans ce cas, les legs faits à des étrangers doivent être acquittés par les héritiers du sang non réservataires. Rej. 29 novembre 1825; Sir., 26, 1, 210; Dall., 24, 1, 19.

On prélève cette somme de 5,333 fr. sur la totalité des biens; reste 42,666 fr. à diviser entre l'enfant légitime et le légataire universel, ce qui donne 21,333 fr. à chacun.

Par cette opération, la réserve de l'enfant naturel est prise également sur la portion disponible et sur la réserve de l'enfant légitime, comme l'équité l'exige (1).

S'il y avait deux enfans légitimes et un enfant naturel, on suivrait la même marche, d'après les proportions relatives au changement du taux de la portion disponible. Il en résulterait que l'enfant naturel aurait 4,000 fr., les deux enfans légitimes et le légataire chacun 14,666 fr., quelques centimes.

Mais s'il y avait trois enfans légitimes, ou davantage, et un enfant naturel, on ne devrait plus, après avoir fixé ce qui revient à l'enfant naturel, répartir le surplus des biens entre les enfans légitimes et le légataire; car cette opération réduirait la portion disponible au-dessous du quart, ce qui ne peut pas être. Il faudrait donc laisser la portion disponible fixée au quart, prélever ensuite la réserve de l'enfant naturel, laquelle consiste dans le tiers d'une portion héréditaire, et répartir le surplus des biens entre les enfans légitimes. Cette opération donnerait au légataire universel 12,000 fr., à l'enfant naturel 3,000 fr., et à chacun des enfans légitimes 11,000 fr.

Dans le cas où il existe un enfant légitime et plusieurs enfans naturels, il faut suivre la marche indiquée pour le cas où il y a plusieurs enfans légitimes et un seul naturel, et en faire l'application, *mutatis mutandis*, aux différentes combinaisons qui peuvent se présenter. Le résultat de l'opération, s'il existe un enfant légitime et deux naturels, est que la réserve de chacun des deux derniers est de 4,000 fr., total 8,000 fr. : reste 40,000 fr. à partager entre l'enfant légitime et le légataire, ce qui donne 20,000 fr. à chacun, etc.

266. Passons au cas où y il a concours entre des enfans naturels, des ascendans et un légataire universel. Dans ce cas, comme dans les autres, la réserve de l'enfant naturel doit être une charge commune de la portion disponible et de la réserve des ascendans. Il faut donc commencer par prélever sur tous les biens la réserve de l'enfant naturel, prendre ensuite la réserve des ascendans sur le restant des biens, comme s'ils composaient seuls la succession, et laisser le surplus au légataire. Ainsi, supposant que le défunt ait laissé ses père et mère, un enfant naturel et une fortune de 48,000 fr., la réserve de l'enfant serait de 24,000 fr. s'il était légitime. Mais suivant l'ar-

(1) Cette manière d'opérer est la seule véritable. Elle est adoptée par M. Chabot, tome 2, pages 104 et suiv., et par l'arrêt de la Cour de cassation, du 26 juin 1809.

ticle 757, la présence des ascendans réduit son droit à la moitié d'une portion d'enfant légitime : sa réserve sera donc bornée à 12,000 fr.; la succession est réduite à 36,000 fr. Le père et la mère prendront leur réserve, qui est d'un quart pour chacun d'eux, total 18,000 fr. Le surplus, qui est aussi 18,000 fr., reste au légataire universel.

Si le père seul était vivant, il prendrait un quart, et il resterait 27,000 fr. au légataire universel.

Enfin si, au lieu d'un ascendant, le père de l'enfant naturel laissait des frères ou sœurs, ou des descendans d'eux, le droit de l'enfant naturel se trouvant, par leur présence (1), réduit à la moitié des biens, c'est-à-dire à 24,000 fr., sa réserve serait réduite à 12,000 fr., faisant moitié de celle qu'il aurait s'il était légitime. Les 36,000 fr. restant appartiennent au légataire universel.

267. Résumant ce qu'on vient de dire, la réserve des enfans naturels est des trois quarts de celle qu'ils auraient, s'ils étaient légitimes, lorsque leur père ne laisse ni ascendans, ni descendans, ni frères ou sœurs ou descendans d'eux;

Du tiers, s'il laisse des enfans légitimes;

De la moitié, s'il laisse des ascendans (*a*).

---

(1) L'enfant naturel ne pourrait pas prétendre aux trois quarts de la succession, sous prétexte qu'en opposant l'existence des frères ou sœurs, le légataire excepte du droit d'autrui; car en instituant un légataire universel, le testateur lui a transféré tout ce qu'ils auraient recueilli. Cette opinion est celle de MM. Merlin et Gremier.—[*V.* aussi Belost, Jolimont sur Chabot, tome 1, page 554, Duranton, tome 6, n° 322, Nancy, 25 août 1831. Sir., 31, 2, 313. Dall., 32, 2, 4, Bourges, 16 novembre 1839, Journ. du Palais, tome 2, 1840, page 616. Mais *voy.* M. Chabot, tome 2. page 114. *V.* Toulouse, 8 juin 1839. Sir., 39, 2, 358. Dall., 39, 2, 250, Journ. du Palais, tome 2, 1839, page 132, Paris, 16 juin 1838. Journ. du Palais, tome 2, 1838, page 75.]

(*a*) Dans ces derniers temps un nouveau système a été présenté pour le calcul de la portion héréditaire et de la réserve des enfans naturels; son auteur est M. Gros, avocat à la Cour royale de Lyon. Ce système se trouve développé dans deux articles qui ont été insérés dans la *Revue française et étrangère* (*V.* vol. de 1844, pages 507 et 594). Comme il est fort ingénieux j'ai cru devoir en donner une analyse assez étendue.

Voici le principe fondamental sur lequel il s'appuie.

« On reconnaît par différentes dispositions de la loi (ce sont les termes de l'auteur), que *Primus, Secundus* et *Tertius*, ont droit à une même succession. La part de chacun est exprimée par une fraction, mais malheureusement la somme de ces fractions excède l'unité. Pour sortir d'embarras, il faut non pas raisonner subtilement sur quelques mots d'un texte qui évidemment n'a pas été écrit avec l'intention de donner la solution cherchée, mais plutôt se rattacher à l'esprit de la loi en trouvant des fractions qui aient entre elles le même rapport que les fractions primitives, et qui, en outre, équivalent à l'unité.

« Pour y arriver, on réduira les différentes fractions au même dénominateur, si cette préparation est nécessaire, puis on additionnera les numérateurs; enfin on remplacera le dénominateur commun par cette somme, tout en conservant les mêmes numérateurs

« Ainsi, par exemple, *Primus* a droit à 5/6, *Secundus* à 1/6, *Tertius* à 1/6, la somme des numérateurs est 7. *Primus* aura 5/7, *secundus* 1/7 et *tertius* 1/7.»

L'effet de ce procédé, que l'auteur appelle *répartition*, est, comme on le voit, de diminuer les parts proportionnellement, et par conséquent de conserver le rapport qu'elles avaient entre elles. Les lois 47, § 1 et 81 *ff. de hered. instit.*, et 13 *ff. de lib. et posthum.*, offrent deux exemples d'une semblable opération.

Cela posé, occupons-nous de la fixation de la portion héréditaire.

Sur ce premier point, le système de l'auteur se réduit à l'examen de la question suivante :

Lorsque deux ou plusieurs enfans naturels se trouvent en concours avec un ou plusieurs enfans légitimes, quelle est la portion héréditaire des premiers? Nulle difficulté, selon lui, ne peut s'élever lorsqu'un seul enfant naturel se trouve en concours avec un ou plusieurs enfans légitimes, ou lorsque ce concours a lieu entre deux enfans naturels et des ascendans ou des frères et sœurs ou des collatéraux. Sur ces différentes hypothèses l'art. 757 est suffisamment explicite.

Voyons maintenant comment l'auteur résout la question préindiquée :

« Pour arriver à une répartition, dit-il, il faut d'abord poser comme un fait que le législateur n'a pas prévu le cas où il existerait plusieurs enfans naturels L'art. 757 est immédiatement applicable à toutes les hypothèses qui font concourir un enfant naturel avec un ou plusieurs enfans légitimes. Alors, en effet, il n'y a point de difficulté... Mais si l'on admet deux enfans naturels ou un plus grand nombre, on rencontre une obscurité si grande qu'il est impossible de dire que la loi ait été écrite pour régir ce cas. En lisant les discussions du Conseil d'état, et les discours des orateurs du gouvernement et du tribunat, on ne trouve pas de traces de l'examen de cette question; il est toujours parlé de l'*enfant naturel*. au singulier.»

L'application de la disposition de la loi ne peut donc se faire qu'au moyen d'un raisonnement. Afin de rendre ce raisonnement plus sensible, l'auteur choisit un exemple : Un enfant légitime se trouve en présence de deux enfans naturels, puisque la loi n'a pas prévu ce cas, on est obligé de se rattacher à la décision qui règle l'hypothèse la plus analogue, savoir : celle d'un enfant légitime en concours avec un seul enfant naturel. L'enfant légitime prend alors cinq sixièmes de la succession et l'enfant naturel un sixième. Que donner au second enfant naturel? Il a évidemment autant de droits que le premier.

S'il réclame un sixième il est impossible de le satisfaire; il ne peut pas prendre cette fraction uniquement sur la part de l'enfant légitime. Il faut donc arriver à dire que la loi ayant fixé à 5/6 la part de l'enfant légitime et à 1/6 celle de l'enfant naturel, on doit étendre cette disposition en donnant à l'unique enfant légitime une part quintuple de celle de chaque enfant naturel. En d'autres termes, on transformera les sixièmes en septièmes; l'enfant légitime en aura cinq, chaque enfant naturel un.

Si au lieu de deux enfans naturels, il y en a trois, quatre, cinq. . Les fractions deviendront successivement des huitièmes, des neuvièmes, des dixièmes; l'enfant naturel en prendra toujours cinq, et il en restera un pour chaque enfant naturel.

S'il y a deux enfans légitimes, on fera le même raisonnement. Un enfant naturel en concours avec eux prend un neuvième, et chaque enfant légitime prend quatre neuvièmes. Pour arriver à l'application de la répartition, il faut considérer ce rapport de quatre à un comme étant celui qui, d'après la loi, doit exister entre la part des deux enfans légitimes et celle de l'enfant naturel. On fera donc successivement des dixièmes, des onzièmes, des douzièmes..... suivant qu'il y aura deux, trois, quatre... enfans naturels. Chaque enfant légitime prendra toujours quatre de ces parties. Sans faire une plus longue énumération, on voit comment on pourra toujours déterminer promptement le dénominateur nécessaire : quel que soit le nombre des enfans, tant légitimes que naturels, il suffira de tripler le nombre des enfans légitimes, d'y ajouter celui des enfans naturels

et deux; par exemple, s'il y a quatre enfans légitimes et quatre enfans naturels, on donnera un dix-huitième à chaque enfant naturel, et les enfans légitimes se partagent quatorze dix-huitièmes.

Ce système est susceptible d'une objection grave. Elle consiste en ce que la répartition donne aux enfans naturels, lorsqu'ils sont très nombreux et qu'ils concourent avec des enfans légitimes, une part totale de la succession plus grande que la moitié, ou même que les trois quarts. Ce résultat ne paraît pas logique, puisque les enfans naturels en concours avec des parens moins favorisés que les enfans légitimes, ne pourraient pas avoir plus de la moitié ou plus des trois quarts de la succession.

Cette objection n'a point échappé à l'auteur; voici sa réponse. « Les cas où le système de la répartition attribue aux enfans naturels plus de la moitié de la succession seront assez rares; et ceux où il leur attribue plus des trois quarts ne se présenteront peut-être jamais. D'ailleurs cette anomalie provient de la loi elle-même et non pas du système. En effet, la manière de déterminer les droits des enfans légitimes en concours avec des enfans naturels est très différente de celle qui est employée pour régler les droits des frères et sœurs, des ascendans et des collatéraux. Dans le premier cas, on prend en considération le nombre des enfans légitimes; dans le second, la loi fait un partage invariable. Pourquoi donc s'étonner que dans des cas très rares la limite fixe, soit dépassée par la limite variable. Ensuite de même qu'un nombre très considérable d'enfans légitimes peut réduire presque à rien le droit d'un enfant naturel, de même si les enfans naturels sont très nombreux, ils peuvent avoir une partie considérable de la fortune de leur père. Ces deux résultats sont liés l'un à l'autre; et le premier étant admis, le second devient tellement logique qu'on doit le suivre dans toutes ses conséquences. »

L'auteur s'occupe ensuite de la fixation de la réserve des enfans naturels; d'abord il examine le cas où ils sont en concours avec des enfans légitimes.

Le texte ne fournit aucun moyen direct de déterminer la réserve. Les art. 757 et 913 doivent être combinés et expliqués par analogie : mais de quelle manière se fera cette application?

« Mon idée de répartition (c'est l'auteur qui parle) me paraît encore fournir ici le guide le plus sûr; elle conduit, en effet, à un principe facilement admissible, savoir : que pour la même hypothèse, ce que prennent les enfans légitimes dans la succession, doit être à ce qu'ils retiennent pour leur réserve, comme ce que prennent les enfans naturels dans la succession, doit être à ce qu'ils conserveront pour leur réserve.

« Il suffit d'énoncer ce principe pour le faire accueillir. il est, en effet, évident que les parts de réserve sont des fractions du droit de succession, et que les fractions doivent conserver entre elles le rapport qui existait entre les totaux. »

Maintenant prenons un exemple. Un enfant légitime, un enfant naturel, un légataire universel.

S'il n'y avait point de légataire universel, par application de l'art. 757, on donnerait à l'enfant naturel un sixième de la succession et cinq sixièmes à l'enfant légitime; d'un autre côté, s'il n'y avait point d'enfant naturel, d'après l'art. 913, la succession se diviserait également entre l'enfant légitime et le légataire universel. S'il y a tout à la fois ces trois personnes, on conservera les mêmes rapports en attribuant à l'enfant légitime une part quintuple de celle de l'enfant naturel, mais égale à ce que prend le légataire universel. L'enfant naturel prenant une partie désignée par un, celle de l'enfant légitime sera exprimée par cinq, et la quotité disponible que prend le légataire universel le sera aussi par cinq; en somme, il faudra faire onze parties; la succession se divisera en onzièmes.

Il est aisé de faire d'autres applications. Toutefois il convient de remarquer que comme la réserve ne peut pas excéder les trois quarts de la succession, dès qu'on sera arrivé à ce point, il faudra s'arrêter et distribuer les trois quarts de

268. Les enfans naturels n'étant point saisis de plein droit de la portion de biens que la loi leur attribue sur les biens de leurs père ou mère, ils doivent se faire envoyer en possession par justice (724), et cet envoi doit être demandé au tribunal de première instance dans le ressort duquel la succession est ouverte (770). Nous imitons le Code, en renvoyant à la section suivante (1) l'explication des formalités relatives à cet envoi, parce qu'elles sont en partie communes

---

la succession entre les enfans légitimes et les enfans naturels, d'après les règles qui régissent leurs droits sur la succession. »

M. Gros s'occupe ensuite de la réserve des enfans naturels en concours avec d'autres parens que les enfans légitimes.

Si le père de l'enfant naturel laisse pour héritiers ses frères et sœurs, nulle difficulté. Dans cette hypothèse l'enfant naturel n'a droit qu'à la moitié de la succession, et pour déterminer sa réserve on opère sur cette moitié comme sur la succession totale, lorsqu'elle est dévolue aux enfans légitimes.

Même opération sur les trois quarts de la succession, lorsque le défunt ne laisse que des collatéraux dans les deux lignes, autres que les frères et sœurs

En supposant des ascendans dans les deux lignes, la détermination de la réserve offre un peu plus de difficulté; car d'un côté les ascendans ont droit à une moitié de la succession pour leur réserve, et de l'autre les enfans naturels peuvent aussi réclamer à ce titre une quote part plus ou moins considérable de l'autre moitié. En conservant toutes ces réserves, on réduirait beaucoup trop la quotité disponible. Ainsi, par exemple, dans l'hypothèse de trois enfans naturels on ne laisserait qu'un huitième pour les légataires, ce qui n'est pas admissible.

La répartition conduit à un résultat plus satisfaisant. Comme la succession se divise également entre les ascendans et ceux qui ont droit à la quotité disponible, on exprimera par un demi la réserve des ascendans, par un demi aussi la quotité disponible, et par un quart, un tiers ou trois huitièmes la réserve des enfans naturels suivant qu'ils sont un, deux ou un plus grand nombre. On opérera ensuite de la manière indiquée au commencement de cette note.

S'il n'y a d'ascendans que dans une seule ligne, deux systèmes se présentent : le premier applique strictement l'art. 757, et ne laisse qu'une moitié de la succession aux enfans naturels. Ainsi la réserve de l'ascendant est d'un quart, la quotité disponible de trois quarts : s'il n'y a qu'un enfant naturel sa réserve est de la moitié de la moitié, c'est-à-dire d'un quart. On divisera la succession en cinquièmes : un pour l'ascendant, un pour l'enfant naturel et trois pour la quotité disponible.

Le second système attribue aux enfans naturels la moitié de la partie afférente à la ligne où il y a un ascendant, et les trois quarts de la partie afférente à la ligne qui ne renferme que des collatéraux, c'est-à-dire en tout cinq huitièmes de la succession. Dans ce système, la réserve de l'ascendant sera toujours avant la répartition d'un quart, la quotité disponible trois quarts; la réserve des enfans naturels sera successivement de la moitié, des deux tiers, et des trois quarts des cinq huitièmes. Par conséquent, s'il n'y avait qu'un enfant naturel sa réserve serait de cinq seizièmes; il faudrait diviser la succession en vingt-et-unièmes : cinq pour l'enfant naturel, quatre pour l'ascendant et douze pour la quotité disponible.

Enfin, l'enfant naturel, venant à défaut de parens, a droit à la totalité de la succession, aux termes de l'art. 758. Il se trouve donc dans la même position qu'un enfant légitime; on lui accorde également les mêmes droits pour la réserve. Ainsi, un enfant naturel prendra la moitié, deux prendront deux tiers, et trois ou un plus grand nombre prendront les trois quarts de toute la succession. *V.* toutefois sur ce dernier point Duranton, tome 6, n° 326.

(1) *V.* ci-après nos 274 et suiv.

aux conjoints survivans et à l'État, dans le cas où ils sont appelés aux successions irrégulières.

269. Après avoir réglé les droits des enfans naturels sur les biens de leurs père et mère, le Code règle le droit de succéder aux biens que ces enfans laissent à leur décès. Cette succession est déférée :

1° A leurs enfans et descendans légitimes, sauf les droits des enfans naturels, s'il en existe;

2° A leurs enfans naturels légalement reconnus, qui sont préférés au père et à la mère : c'est ce qui paraît résulter de l'art. 765, qui n'appelle les père et mère qu'à défaut de postérité de l'enfant naturel, sans distinguer entre la postérité légitime et la postérité naturelle (1);

3° « Au père ou à la mère qui les a reconnus, ou par moitié à « tous les deux, s'il a été reconnu par l'un et par l'autre » (765) (*a*);

4° En cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel (*b*), mort sans postérité, les biens qu'il en avait reçus (*c*) *passent* aux frères et sœurs légitimes, ou aux descendans d'eux (2), s'ils se retrouvent encore en nature dans la succession. Les actions en reprises, s'il en existe, ou le prix de ces biens, s'il en est encore dû, retournent également aux frères et sœurs légitimes (766) (*d*).

---

(1) Chabot et Maleville, sur l'art. 765.— [*V.* aussi Zachariæ, tome 4, § 607. Delvincourt, tome 2, note 10 de la page 23. — Comp. toutefois Duranton, tome 6, n° 339.]— (*a*) Ont-ils droit à une réserve? *V.* pour la négative, Nimes, 11 juillet 1827; Sir., 28, 2, 55; Dall., 26, 2, 130. *V.* Journ. du Palais à sa date et la note, Douai, 5 décembre 1840, J. du Palais, t. 1, 1841, p. 167; Chabot, sur l'art. 765, n° 5; Delvincourt, tome 2, note 9 de la page 23. Pour l'affirmative, Bordeaux, 24 avril 1834; Sir., 34, 2, 461; Dall., 36, 2, 21; *idem*, 20 mars 1837; Sir., 37, 2, 483; Dall., 38, 2, 21, Journ. du Palais, tome 2, 1837, page 610. Arrêt de la Cour de Paris, *Gazette des Tribunaux* du 15 mars 1845; Merlin, *Répertoire*, v° réserve, sect. 4, n° 20; Grenier, tome 2, n° 676.— (*b*) La Cour de Riom a décidé que le survivant des père et mère d'un enfant naturel succède aux biens que celui-ci avait reçus du père ou de la mère prédécédé à l'exclusion des enfans légitimes de ce dernier. Riom, 4 août 1820, Sir., 21, 2, 313. Il faut convenir que si le texte commande d'adopter cette solution, il est fort difficile de donner le motif qui la justifie. *V.* Duranton, tome 6, n° 338.— (*c*) Même par des libéralités déguisées, Grenoble, 13 janvier 1840, Journ. du Palais, tome 2, 1840, page 234; Dev., 40, 2, 216; Dall., 40, 2, 206.— (2) M. Grenier, tome 3, 1re édit. in-8, page 369, pense encore que les enfans des frères et sœurs ne jouissent point, en ce cas, de ce droit de retour par représentation de leurs père ou mère. Nous ne pouvons partager son opinion. *V. suprà*, n° 254. — [Je crois cependant qu'elle est exacte, et que les descendans des frères et sœurs légitimes peuvent recueillir de leur chef les biens que l'enfant naturel a reçus de son père ou de sa mère. Autrement il faudrait les exclure tout à fait. Nul, en effet, n'est admis à recueillir par représentation une hérédité ou des droits héréditaires, auxquels il n'eût pas, en l'absence d'héritiers ou de successeurs plus proches, été appelé de son propre chef.]— (*d*) L'enfant légitime n'est pas admissible à la recherche de la maternité naturelle pour exercer dans la succession de son prétendu frère naturel les droits résultant de l'art. 766. Rej., 20 novembre 1843, Journ. du Palais, tome 1, 1844, page 88

On a remarqué que cet article, en parlant du droit de retour qu'il accorde aux frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel, a évité d'employer le mot de succéder dont se sert l'art. 747, pour caractériser le droit de retour accordé aux père et mère légitimes sur les biens donnés à leurs enfans ou descendans. Mais cette différence ne consiste que dans les mots; et si les frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel ne deviennent pas ses héritiers, en reprenant les biens qu'il avait reçus du père commun, ils n'en sont pas moins tenus de contribuer aux dettes, en proportion de l'émolument, et d'acquitter même la totalité des dettes hypothéquées sur les biens qu'ils reprennent, sauf leur recours, pour l'excédant de leur portion, sur ceux qui recueillent les autres biens.

5° Tous les autres biens passent aux frères et sœurs naturels, légalement reconnus, ou à leurs descendans (*a*) (766), sans distinguer s'ils sont issus du même père et de la même mère, ou d'un père ou d'une mère différens : l'art. 766 ne distingue point.

Mais s'il y a concours de frères naturels germains, consanguins, et utérins, il faut suivre les règles établies pour les successions régulières, sur la division des biens entre les deux lignes (1).

6° A défaut de frères et sœurs naturels ou de descendans d'eux, le conjoint survivant, non divorcé, de l'enfant naturel, recueille ses biens.

7° A défaut de conjoint survivant, ils sont recueillis par l'État (*b*).

270. Ce droit de l'enfant naturel, comme celui de l'héritier légitime, s'ouvre par la mort naturelle ou civile de ses père ou mère; leur absence sans nouvelle, quelque longue qu'elle fût, ne suffirait pas pour l'autoriser à réclamer la portion que la loi lui assigne dans leurs biens; il pourrait seulement réclamer des alimens; il pourrait encore se pourvoir devant le tribunal, *afin que leur absence fût déclarée*, puisque l'art. 115 permet *aux parties intéressées* de provoquer cette déclaration. Or, on ne peut le regarder comme sans intérêt dans la succession de ses père et mère; et si les héritiers présomptifs demandaient l'envoi en possession provisoire de leurs biens, l'enfant naturel

(*a*) Légitimes (argument de l'art. 756). *Sic* Zachariæ, tome 4, § 607. *Secùs* Chabot sur l'art 766, n° 6. — (1) Malleville, page 241. — [*V.* aussi Zachariæ, tome 4. § 607, n° 7; Chabot sur l'art. 766, n° 7; Delvincourt, tome 2, note 3 de la page 24.— (*b*) *Sic* Zachariæ, tome 4, § 607. Grenoble, 13 janvier 1840; Dev., 40, 2, 216; Dall., 40, 2, 206, Journal du Palais, tome 2, 1840, page 234. Comp. toutefois Duranton, tome 6, n° 339. La succession de l'enfant naturel qui n'a pas été reconnu est déférée en premier lieu à ses descendans légitimes ou naturels; en second lieu à son conjoint, et à défaut de conjoint à l'état. Il faut en dire autant de l'enfant incestueux ou adultérin, même dans l'hypothèse où sa filiation se trouve constatée par la force des choses.

pourrait se faire délivrer provisoirement la portion de ces biens que la loi lui assigne *à la charge de donner caution* (123).

Mais si les héritiers ne se faisaient pas envoyer en possession, il ne pourrait pas demander cette délivrance (*voy.* ce que nous avons dit au titre des absens, tome 1, n° 379).

## SECTION II.

*Des droits du conjoint survivant et de l'État.*

SOMMAIRE.

271. L'époux qui a obtenu le divorce perd le droit de succession irrégulière.
272. L'époux séparé de corps ne le perd pas, à moins qu'il ne soit déclaré indigne.
273. A défaut de conjoint, la succession est acquise à l'État.

271. Lorsque le défunt ne laisse ni parens au degré successible, ni enfans naturels, les biens de la succession appartiennent au conjoint (1) *non divorcé* qui lui survit (767).

L'époux qui a obtenu le divorce perd le droit de succéder à l'autre époux, aussi bien que l'époux contre lequel il a été prononcé. Les époux divorcés ne peuvent plus jouir d'un droit qui n'est établi qu'entre conjoints. Ils peuvent contracter un nouveau mariage, et c'est le second époux auquel le droit de succession irrégulière est déféré. Quoique le divorce soit aujourd'hui abrogé, la question peut encore se présenter pendant longtemps.

272. Le lien du mariage n'étant pas dissous par la séparation de corps et d'habitation, le droit de succession réciproque continue d'exister entre les époux séparés, à moins que celui contre lequel la séparation a été prononcée, ne soit déclaré indigne pour l'une des causes mentionnées dans l'art. 727. Le fisc aurait le droit de faire prononcer l'indignité.

On avait proposé au Conseil d'état de faire une exception à l'égard des époux séparés; le Conseil adopta en principe que l'époux survivant n'est pas admis à la succession de l'époux prédécédé, lorsqu'il y a séparation de corps, et l'article fut renvoyé à la section pour le rédiger conformément à ce principe (2).

Cependant la rédaction définitive, telle qu'elle a été décrétée, ne contient d'autre exception que pour le cas du divorce; ainsi, les époux séparés de corps conservent le droit de succession réciproque, jusqu'à ce qu'il plaise au législateur de s'exprimer sur ce point.

(1) Cette espèce de succession prend son origine dans le droit romain, où elle avait été introduite par l'édit des préteurs. *Undè, vir et uxor. ff., lib.* 38, *tit.* 11.— (2) *V.* le procès-verbal, séance du 9 nivôse an XI, page 266

273. Enfin, à défaut de conjoint survivant la succession est acquise à l'État (768) : *Fiscus post omnes* (*a*).

## SECTION III.

*Si le droit des héritiers irréguliers est irrévocable Quand et comment ils peuvent l'exercer.*

### SOMMAIRE.

274. Comment les héritiers irréguliers exercent leur droit.
275. Deux espèces de droits accordés à l'enfant naturel; le premier est irrévocable;
276. Le second conditionnel et résoluble, s'il se présente des héritiers.
277. En attendant, il ne peut ni aliéner ni hypothéquer.
278. Il en est de même du conjoint survivant et de l'État.
279 Les héritiers irréguliers doivent se faire envoyer en possession par justice.
280. L'enfant naturel doit appeler les héritiers.
281. Nature de son action; c'est une demande en délivrance.
282. L'héritier désigne la lotie qu'il veut donner.
283. Il peut donc, même depuis la demande, vendre jusqu'à concurrence de son droit.
284. S'il vendait au-delà, la vente serait nulle.
285. Elle serait valide, si elle était faite de bonne foi avant la demande, et si l'héritier vendeur était solvable.
286. S'il était insolvable, l'enfant naturel pourrait revendiquer les biens.
287. Réponse aux objections.
288. Limitation d'un arrêt de la Cour de cassation.
289. Examen d'un arrêt du 19 juin 1739.
290. A défaut d'héritiers légitimes, l'enfant naturel doit s'adresser à l'héritier institué.
291. A défaut d'héritier institué, au curateur à la succession vacante.
292. Pour exercer le second de ces droits, l'enfant naturel doit également faire nommer un curateur, et prouver qu'il n'existe point d'héritiers.
293. On ne suppose point sans parens un *Français* né en légitime mariage. Réponse à l'art. 136
294. Principes de la régie du domaine. Distinction entre les successions vacantes et les successions en déshérence.
295. Plusieurs sortes de déshérence.
296 Formalités qui doivent précéder l'envoi en possession.
297. Elles ne dispensent pas de prouver qu'il n'y a point d'héritier.
298. Elles doivent être suivies par les enfans naturels et par le conjoint survivant.
299. Difficulté de prouver qu'il n'existe point de parens.
300. Mesures pour assurer la restitution qui leur est due, scellés, inventaire.
301. Caution exigée pour la restitution du mobilier. Conséquence.
302. On n'en exige ni pour la restitution des immeubles, ni pour celle des fruits

(*a*) Cependant les hospices sont préférés à l'État, quant aux biens délaissés par des enfans admis dans ces établissemens, lorsqu'ils y sont décédés avant leur majorité ou leur émancipation. Loi du 15 pluviôse an XIII, art. 8. Les hospices sont également préférés à l'État, et même, lorsque le traitement est gratuit, aux héritiers, en ce qui concerne les effets mobiliers apportés dans ces établissemens par des malades qui y sont décédés. Avis du Conseil d'état du 14 octobre — 3 novembre 1809.

303. Quelles sont les obligations des enfans naturels et du conjoint, évincés par un héritier légitime.
304. S'ils doivent compte des profits. Distinction entre les possesseurs de bonne ou de mauvaise foi.
305. Même distinction relativement à la responsabilité des pertes.
306. Et relativement aux dégradations.
307. Et relativement à la restitution des fruits.
308. Principes du droit romain à cet égard.
309. Principes des Coutumes de Bretagne et de Normandie.
310. Principes suivis dans les autres Coutumes.
311. Principes du Code. Celui qui recueille une succession à défaut de parens qui ne se présentent pas, est réputé de bonne foi.
312. Application de ce principe aux enfans naturels et au conjoint survivant.

274. Après avoir vu quelles sont les personnes appelées aux successions irrégulières, il faut examiner si leur droit est irrévocable, comment elles doivent l'exercer, et les mesures conservatoires qui leur sont prescrites. Commençons par les enfans naturels.

275. Il faut d'abord distinguer deux espèces de droits de nature bien différente, conférés aux enfans naturels sur les biens de leurs père ou mère : l'un qui leur est particulier, et dont la nature est, comme nous l'avons dit dans la section précédente, comparable à celle d'un legs ; l'autre qui, à leur défaut, passe au conjoint survivant du défunt ou à l'État, et qui n'est que conditionnel.

Le premier de ces droits, particulier aux enfans naturels, consiste dans une quotité des biens de leurs père ou mère, que la loi fixe au tiers, à la moitié ou aux trois quarts de la succession (*a*), selon qu'il existe pour héritiers, des descendans, des ascendans ou des collatéraux. Nous nous en sommes occupé dans la section précédente. Ce droit est irrévocablement acquis au moment de la mort de leur père ou mère ; il n'est soumis à résolution par aucun événement postérieur, si ce n'est le cas d'indignité légalement prononcée : les enfans naturels ont donc la propriété incommutable des biens qu'ils reçoivent en vertu de ce droit.

L'autre espèce de droit consiste dans le surplus des biens de leurs père ou mère, c'est-à-dire dans l'autre quart, l'autre moitié ou les deux autres tiers, que le Code donne aux enfans naturels, si la succession de leur père ou mère reste vacante, si ces derniers *ne laissent pas de parens au degré successible* (758), ou si ces parens renoncent à la succession.

276. Ce dernier droit n'est donc, par sa nature, que conditionnel ; il s'évanouit, s'il se présente des héritiers qui réclament la succession (771), et ils peuvent se présenter dans les trente ans ; car la faculté

(*a*) Non pas de la succession, mais de la portion héréditaire qu'il aurait eue, s'il eût été légitime (*V.* art 757).

d'accepter une succession ne se prescrit que par le laps de temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers (789), c'est-à-dire par trente ans (2262) de l'ouverture de la succession (*a*).

277. Il suit que l'héritier qui accepte dans les trente ans, se trouve saisi, comme s'il avait accepté dès l'époque de cette ouverture : le droit des enfans naturels est donc non-seulement résolu, mais plutôt considéré comme s'il n'avait jamais existé. Ils n'acquièrent de propriété incommutable que par la prescription. Avant qu'elle soit opérée, ils peuvent jouir des biens, mais non pas en disposer, ni les grever d'hypothèques ou d'autres charges (2125). Les droits qu'ils auraient concédés s'évanouiraient ou se résoudraient par la résolution de leur propre droit (1). L'héritier pourrait revendiquer les biens contre tous les acquéreurs ou tiers possesseurs qui n'ont point à se plaindre d'avoir été trompés, en acquérant d'un enfant naturel envoyé en possession; car ils ont dû s'assurer du droit de leur vendeur, et savoir que ce droit était résoluble; mais s'ils étaient de bonne foi, ils seraient à l'abri de toute recherche par la prescription de dix ou vingt ans (2).

278. Ce que nous venons de dire relativement à la nature du droit de l'enfant naturel, s'applique au droit que la loi défère au conjoint survivant sur la totalité des biens, à défaut de parens successibles et d'enfans naturels du défunt. Ce droit n'est également que conditionnel et résoluble, s'il se présente des héritiers ou des enfans natu-

(*a*) Il y a sur ce point une observation à faire: deux cas seulement peuvent se présenter: Les héritiers, dont il s'agit, se trouvent saisis *de plano* de l'hérédité, ou au contraire ils ne peuvent l'être qu'en faisant adition. Dans le premier cas, l'acceptation dans les trente ans de l'ouverture de la succession est tout à fait inutile, du moins sous le rapport qui nous occupe. L'habile à succéder est investi de l'hérédité; il n'a rien à acquérir, il peut seulement renoncer, et s'il n'exerce pas cette faculté dans les trente ans, la qualité d'héritier est fixée sur sa tête d'une manière irrévocable. *V.* Bordeaux, 6 mai 1841; Journ. du Palais, tome 2, 1841, page 280 et la note. Comp. Paris, 2 février 1844, Journ. du Palais, tome 1, 1844, page 273. *V.* toutefois Rouen, 6 juin 1838; Journ. du Palais, tome 1, 1839, page 414. Il est vrai que si l'hérédité est possédée par des tiers, et qu'il ne réclame pas dans les délais, il pourra se voir privé des droits utiles attachés à la qualité; mais ce sera en vertu de l'art. 2262 et non en vertu de l'art. 789; et comme il s'agit d'une prescription acquisitive, les trente ans ne commenceront à courir que du moment où l'enfant naturel se sera mis en possession ou y aura été envoyé par justice. Si, au contraire, les héritiers avaient besoin de faire adition, par exemple : s'ils avaient déjà renoncé ou si la succession leur était déférée par suite de la renonciation d'autres héritiers plus proches en degré, la faculté d'accepter ne pourrait commencer à se prescrire que du jour de la renonciation de ces derniers. Toutefois, même en acceptant dans les trente ans à partir de cette époque, ils pourraient se voir privés de l'hérédité si, avant leur réclamation, les tiers ou l'enfant naturel l'avaient possédée pendant le temps requis pour prescrire. — (1) *V.* ce que nous avons dit, tome 3, no 682, et ci-après nos 286 et suiv. — (2) *Coutume de Poitou*, art. 311, et *ibid.* Boucheul, nos 7 et 8.

rels dans les trente ans du jour de l'ouverture de la succession. C'est pour assurer la restitution due aux héritiers qui peuvent se présenter, que le Code soumet le conjoint survivant et les enfans naturels aux mesures conservatoires que nous expliquerons bientôt, à l'inventaire des biens précédé des scellés, à l'emploi du mobilier, et à donner caution (769-771-773).

Enfin, il faut en dire autant du droit de l'état sur les biens tombés en déshérence, à défaut de parens successibles, d'enfans naturels et de conjoint survivant. Ces biens autrefois n'étaient considérés, dans la main du roi ou des seigneurs, que comme une sorte de dépôt qu'ils devaient conserver : ils n'en devenaient propriétaires qu'après le laps de trente ans accordés aux héritiers pour se présenter. Telles étaient sur ce point les lois anciennes (1), qui, n'ayant point été abrogées, conservent toute leur force.

Ces principes sont professés par la régie de l'enregistrement et du domaine, dans les instructions données à ses préposés. On lit dans la circulaire du 10 prairial an VI, n° 1281 (2) : « Le droit de déshé-
« rence n'établit point, avant la prescription légale, la république
« propriétaire incommutable des biens qu'elle acquiert à ce titre,
« tant que cette prescription n'est pas acquise... La république n'a
« qu'une propriété flottante et incertaine, dont elle a sans doute le
« droit *de jouir*, mais non *de disposer*. Il faut excepter le mobilier
« qu'il serait déraisonnable de conserver pendant trente ans, et dont
« la vente est nécessitée par l'intérêt du propriétaire, quel qu'il soit
« en définitive.

« Ainsi, par la déshérence, la république n'est point saisie de la
« propriété; mais elle acquiert un droit éventuel que le temps seul
« peut confirmer et rendre absolu, et ce temps est celui marqué pour
« la prescription. »

279. Voyons maintenant comment les personnes appelées aux

(1) L'art. 511 de l'*ancienne Coutume de Bretagne* portait : « Si homme et femme « décèdent sans hoirs de leurs corps engendrés en mariages, leurs biens sont « en garde de justice, jusqu'à ce que les hoirs les aient retraits. » D'Argentré, sur cet article, gloss. 3, nos 4 et 5, dit fort bien : Non possidet igitur dominus suo nomine, sed uti custos et depositarius rei alienæ, ideòque quandòque apparente hærede, hæc possessio ei proderit... Sed tamen eveniet ut si nullus hæres intrà quadragesimum annum (hodiè trigesimum) apparuerit, dominus interim pro suo possedisse videatur, tùm quia dominus non simpliciter alteri possidet, sed petenti tantùm et interrumpenti intra legitima tempora, quia secuto petente determinatur persona in cujus gratiam consuetudo custodiam induxit, ità ut retrò semper possessor et immediate defuncto hæres fuisse videatur. Sin nemo sese obtulerit sibi possedisse videatur et utile dominium suo directo consolidasse. — (2) Tome 5, page 140, 2e édition. *V.* aussi le *Dictionnaire des Domaines nationaux*, par l'auteur du *Répertoire du Domaniste*, nouvelle édition, imprimée à Paris, chez Péronneau, an V, vo Déshérence, au supplément, page 28.

successions irrégulières doivent exercer leur droit. Elles ne sont point, comme les héritiers légitimes, saisies de plein droit des biens, droits et actions du défunt; les enfans naturels, l'époux survivant et l'état, doivent se faire envoyer en possession par justice, porte l'article 724, c'est-à-dire, par le tribunal de première instance dans le ressort duquel la succession est ouverte (770). Mais la marche à suivre n'est tracée ni par le Code civil, ni par le Code de procédure d'une manière assez précise; il faut donc, pour la trouver, recourir aux principes généraux : nous commencerons par les enfans naturels.

280. C'est aux héritiers, qui seuls ont intérêt d'examiner le titre de l'enfant naturel, que ce dernier doit s'adresser d'abord pour réclamer la portion de biens que la loi lui accorde sur les successions de ses père ou mère; c'est-à-dire le tiers, la moitié ou les trois quarts, selon la qualité des héritiers. Si ceux-ci refusent, il faut les faire assigner, en suivant les formes ordinaires.

281. Ce n'est pas une action de partage proprement dite, *actio familiæ erciscundæ*, que les enfans naturels ont le droit d'exercer; c'est une demande en délivrance de la portion que la loi leur assigne, et qui doit leur être délivrée par l'héritier. Ils ont le droit, sans doute, d'assister à leurs frais aux opérations préliminaires du partage, à la levée des scellés, à l'inventaire et à l'estimation des biens; et même à la mise des biens en loties, pour veiller à ce qu'il ne soit rien fait à leur préjudice ni en fraude de leurs droits (1). Ils ont même le droit, comme un légataire à titre universel, de provoquer et de hâter les opérations du partage, auquel ils doivent assister pour veiller à leurs droits, dont l'héritier légitime ne peut retarder la délivrance, en ajournant ou retardant le partage. Rien de plus juste.

282. Mais après les loties faites par les experts, elles ne doivent pas être tirées au sort. L'héritier a le droit de désigner celles qu'il veut donner aux enfans naturels, suivant la maxime, *electio debitoris est*, comme il a le droit de les désigner aux légataires à titre universel, ainsi que nous le verrons dans le titre des donations.

Dans la première édition de son Traité des successions, M. Chabot enseigne, comme nous, que les enfans naturels doivent demander à l'héritier légitime la *délivrance de leurs droits*..... Mais qu'ils *doivent être admis à assister aux opérations préliminaires du partage*...., parce qu'ils sont réellement *copropriétaires du successible*,

(1) Chabot, sur l'art. 756, page 151, 1re edition. C'est ainsi que les créanciers de l'héritier ont le droit d'assister aux opérations de partage, art. 882, 820, 821 et 865. Le droit des enfans naturels est, *sous le nom de créance*, une participation à la succession, dit fort bien l'orateur du gouvernement dans l'*Exposé des motifs*.

et que *leurs intérêts pourraient être très souvent compromis, si toutes les opérations étaient abandonnées à la discrétion de l'héritier.* Il appuyait cette doctrine d'un jugement de la quatrième section du tribunal de la Seine, du 4 fructidor an XI.

Dans la cinquième édition, tome 2, page 207, M. Chabot étend plus loin le droit des enfans naturels. Il enseigne toujours qu'ils doivent demander la délivrance de leurs droits à l'héritier légitime; mais il ajoute qu'ils ont contre l'héritier, non pas l'action de partage proprement dite, *actio familiæ erciscundæ*, mais l'action de partage qu'on appelle *communi dividundo*, et qu'un arrêt de la Cour royale de Paris l'a ainsi décidé.

De là M. Chabot conclut qu'après les loties faites par les experts, elles doivent être tirées au sort, comme entre cohéritiers ou associés, et que les héritiers légitimes n'ont pas le droit de désigner celui des lots qu'il leur convient de donner à l'enfant naturel.

Nous persistons à penser que, suivant la première opinion de M. Chabot, l'enfant naturel n'a que le droit d'assister aux opérations du partage, pour la conservation de ses droits, pour prévenir les atteintes indirectes qu'on pourrait leur porter, surveiller les experts, même les faire nommer par le tribunal en cas de soupçon légitime, mais qu'il n'a point l'action de partage, *communi dividundo*, accordée aux copropriétaires, qui ont un droit égal dans la chose, qui ne sont point obligés de demander aux autres *la délivrance* ou l'envoi en possession. Cette action n'est point accordée au légataire à titre universel, dont le droit est en tout comparable au droit de l'enfant naturel. Le premier tient son droit de la disposition expresse du défunt; le second le tient de la loi, qui, au défaut d'une disposition qu'elle doit présumer de la part du défunt en faveur de l'enfant naturel, s'est chargée d'acquitter envers lui la dette du père.

Mais la loi n'a pas voulu rendre l'enfant naturel héritier; elle n'a pas voulu qu'il marchât d'un pas égal avec l'enfant ou l'héritier légitime; elle a voulu qu'il lui demandât la délivrance ou l'envoi en possession de la portion des biens qu'elle lui attribue à défaut de disposition du père. Nous pensons donc que les enfans ou héritiers légitimes peuvent désigner à l'enfant naturel la lotie qu'il doit avoir, comme ils la désignent au légataire à titre universel d'une quote part de la succession.

Quant aux arrêts, celui du 14 fructidor an XI, rapporté dans le premier volume de la *Jurisprudence du Code civil*, pages 108 et suivantes, a réellement jugé que *toutes les opérations du partage de la succession* doivent être faites *en la présence* de l'enfant naturel, lorsqu'il le demande.

L'arrêt du 4 germinal an XIII, rapporté au même recueil, tome 4, pages 62 et 63, a jugé par sa quatrième disposition « que l'action de partage appartient bien aux véritables héritiers d'un défunt; mais qu'*en cas de refus ou de négligence* de la part *desdits héritiers*, l'action peut être accordée à l'enfant naturel ayant droit à une certaine quotité dans les biens de la succession, parce qu'un copropriétaire, *à quelque titre qu'il le soit*, ne saurait être forcé à rester dans l'indivision. »

Rien de plus juste, rien de plus conforme aux principes du droit que cette disposition. Le tuteur des enfans légitimes prétendait que « l'enfant naturel Mursault n'avait ni le droit de provoquer aucun « partage, et d'y figurer, ni même la prérogative d'assister aux opé- « rations et liquidation de la succession. »

En admettant cette prétention, il deviendrait impossible à l'enfant naturel, ainsi qu'au légataire à titre universel d'une quote-part, de se faire mettre en possession des biens dont la propriété leur est dévolue dès le moment de la mort du défunt. Il est donc nécessaire de leur donner un moyen d'y contraindre les héritiers; ce moyen nécessaire est celui de provoquer le partage des biens, et si les héritiers laissaient défaut, de faire nommer un notaire pour en suivre les opérations : c'est un droit qu'on ne peut pas plus refuser au légataire à titre universel qu'à l'enfant naturel; mais il ne s'ensuit nullement que les lotes doivent être tirées au sort; si les héritiers s'obstinaient, contre leur propre intérêt, à laisser défaut, la délivrance pourrait être faite, en vertu de l'autorisation du tribunal, par le notaire nommé pour rédiger et suivre les opérations du partage. Ainsi, l'arrêt du 4 germinal an XIII n'a rien de contraire à notre doctrine; il donne seulement un moyen de la mettre en pratique, en cas de contumace de la part de l'héritier (*a*).

---

(*a*) Il me paraît difficile d'admettre cette opinion. L'enfant naturel n'a pas seulement une créance sur la succession, mais un *jus in re*. Il est copropriétaire de l'hérédité qu'il se trouve appelé à recueillir pour partie (*V.* la section précédente). Or, l'action qui lui compète pour se faire délivrer la quote part à laquelle il a droit est nécessairement une action en partage, c'est-à-dire une action *familiæ erciscundæ*, puisque l'objet à partager forme une universalité juridique. Sans doute, l'enfant naturel n'a pas la saisine; il résulte de là qu'il ne possède pas, mais non que l'héritier ait le droit de désigner les objets héréditaires qu'il veut lui donner. La loi ne dit rien de semblable, et l'on ne doit pas ajouter à ses dispositions. Quant à la maxime *electio est debitoris*, elle est ici sans application. En effet, comme le remarque M. Zachariæ, cette maxime qui suppose un débiteur-propriétaire exclusif de plusieurs choses, dont il doit délivrer l'une, est complétement étrangère aux rapports d'un copropriétaire avec ses consorts. *Sic* Zachariæ, tome 4, § 638; texte et nº 10. Comp. aussi Nancy, 22 janvier 1838, Journ. du Palais, tome 2, 1843, page 326; Grenoble, 18 juin 1839, rappelé avec l'arrêt de rej. du 22 avril 1840; Journ. du Palais, tome 2, 1840, page 461

283. Il en résulte que l'héritier légitime pourrait, même depuis la demande en délivrance, vendre valablement jusqu'à la concurrence de son droit héréditaire, sans que les enfans naturels puissent s'en plaindre, pourvu qu'il restât des biens suffisans pour la portion que la loi leur assigne (*a*).

284. Si l'héritier vendait, depuis la demande, tous les biens de la succession, ou même au-delà de sa portion héréditaire, il est clair que la vente serait nulle jusqu'à la concurrence de la portion que la loi attribue aux enfans naturels : il n'a pu conférer à ses acquéreurs plus de droit qu'il n'en avait lui-même (1).

285. Mais si la vente avait été faite de *bonne foi*, avant que l'enfant naturel eût fait connaître son état et réclamé ses droits, elle devrait être maintenue, et il ne pourrait exercer son droit que sur le prix de la vente, parce que l'héritier légitime, ayant la saisine légale des biens de la succession, a pu valablement disposer de ces biens; et l'enfant naturel, qui réclame postérieurement, n'ayant point été saisi de plein droit, doit prendre les choses en l'état où elles se trouvent (2), sauf le recours contre l'héritier.

286. Cependant, si celui-ci était insolvable, l'enfant naturel, après discussion préalable, pourrait revendiquer les biens vendus contre les acquéreurs. C'est ainsi que l'héritier légitime peut, en formant l'action en réduction contre les donataires entre vifs, qui ont vendu les immeubles compris dans la donation, revendiquer ces biens contre

---

(*a*) L'enfant naturel est copropriétaire de l'hérédité. L'héritier légitime ne peut disposer seul des biens qui la composent. Les aliénations qu'il ferait, même avant la demande, seraient susceptibles d'être critiquées par l'enfant naturel, vis-à-vis des acquéreurs, sauf, bien entendu, l'application de l'art. 2279.—
(1) Ainsi décidé par l'arrêt de la Cour de cassation, du 22 mai 1806, rapporté dans le *Nouveau Répertoire*, v° Bâtard, § 4. — (2) Ainsi jugé par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 11 fructidor an XII, qui fut cassé par l'arrêt cité dans la note précédente. Mais le principe de la validité des ventes faites de bonne foi, antérieurement à la demande de l'enfant naturel, n'en fut pas moins tacitement adopté. *V.* les Conclusions de M. Merlin, *ubi suprà;* c'est une exception à la règle : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* — [*V.* la note qui précède. Cette exception n'est écrite nulle part. Avant comme après la demande, l'héritier légitime qui a vendu des biens héréditaires a disposé en partie de ce qui ne lui appartenait pas. La saisine que la loi lui donne ne l'investit point du pouvoir d'aliéner au préjudice, soit de l'enfant naturel, soit même des légataires. Ceux-ci peuvent donc, comme tous propriétaires, faire reconnaître leurs droits, contre les tiers détenteurs, sauf l'application de l'art. 2279. Peu importe que l'héritier soit solvable (*V.* le n° suivant). On ne peut, en effet, l'assimiler à un donataire qui a vendu les objets compris dans la donation; car celui-ci était propriétaire, tandis que lui ne l'était pas. Ajoutons que la disposition de l'art. 930, qui autorise les tiers détenteurs à requérir la discussion préalable des biens du donataire, est une disposition exceptionnelle, et qui par conséquent ne doit pas être étendue à l'héritier qui a vendu la portion de ses cosuccessibles (*V.* ci-après n° 288).]

les tiers détenteurs, après la discussion préalable des biens du donataire vendeur, et en suivant l'ordre de date des aliénations, en commençant par la plus récente (930) (*a*).

Il est vrai que l'enfant naturel n'est pas héritier comme le légitimaire; mais il est, dès l'instant de la mort de ses père et mère, propriétaire de la portion de biens que la loi lui attribue; il a sur ces biens un droit réel, *jus in re*, comme nous l'avons prouvé dans la précédente section. Le légitimaire n'était pas héritier dans le droit romain, et cependant il pouvait revendiquer contre des tiers acquéreurs les biens qui composaient sa légitime, et que l'héritier s'était permis d'aliéner (1).

Le légataire n'est pas héritier; et cependant si, avant qu'il ait formé sa demande en délivrance, l'héritier aliène les biens compris dans le legs, le légataire peut faire annuler l'aliénation, et forcer le tiers acquéreur à les lui délaisser (2). Ce n'est point à la qualité d'héritier, mais à celle de propriétaire, qu'est attachée l'action en revendication.

287. Il est vrai que les traités faits de bonne foi avec celui qui se trouvait saisi de l'hérédité, et qui passait pour seul héritier, sont valides, ainsi que les paiemens qui lui ont été faits, et ne peuvent être attaqués par un parent plus proche qui vient l'évincer, ni par ceux qui se présentent pour partager la succession avec lui (3). Mais il n'en faut pas conclure que les aliénations d'immeubles faites par celui qui est en possession de l'hérédité, soient valables, et ne puissent en aucun cas être attaquées : il existe une différence marquée entre ces deux cas. Les traités, les liquidations, la recette des crédits, des rentes, des fermages, le paiement des dettes, etc., sont des actes d'une légitime et bonne administration (4), qui ne souffrent pas de délais, pour lesquels les personnes intéressées ne peuvent s'adresser qu'à celui qu'elles trouvent en possession de l'hérédité, et dont elles n'ont ni la faculté de contester la qualité, ni le pouvoir d'approfondir les droits : il était donc nécessaire de rendre irrévocables les actes d'administration passés avec lui.

Il en est tout autrement des ventes qu'il a faites; ce ne sont plus des actes d'administration : rien ne forçait les acquéreurs d'acheter. S'ils avaient des soupçons sur la qualité du vendeur, ils devaient

(*a*) *V.* la note qui précède.— (1) Ainsi décidé par plusieurs arrêts cités par M. Merlin, dans le *N. Rép.* v° Bâtard, sect. 2, § 4, p. 665, et v° Légitime, sect. 10. —(2) La loi 1, C. *de Legat. et Fideicom.*, le décide formellement, et sa disposition était suivie en France. *V.* le *Répertoire*, v° Bâtard, sect. 2. § 4, page 665, où sont cités plusieurs arrêts qui l'ont ainsi jugé.— (3) *V.* le *Nouveau Répertoire*, v° Succession. sect. 1, § 5, n° 2; Merlin, *Questions de droit*, v° Héritier, § 3.— (4) *V.* Lebrun, *des Successions*, liv. 3, chap. 4, n° 61.

s'abstenir; s'ils n'en avaient point, s'ils étaient de bonne foi, il n'en est pas moins vrai que la propriété des immeubles vendus ne leur a pas été transférée par celui qui n'était pas propriétaire; il n'a pu leur transmettre d'autres droits que ceux qu'il avait lui-même (1). Leur possession, restée sans titre valable, doit donc céder à la propriété légitime du véritable héritier, qui n'a pu être privé de son droit sans son fait.

288. Si la Cour de cassation a pensé que l'aliénation devait subsister, sauf le recours sur le prix de la vente qui était encore existant, cette décision, quoique fondée sur une interprétation assez équitable de l'art. 930, s'écarte déjà du principe rigoureux, et peut-être ne doit-on pas encore regarder ce point de droit comme entièrement fixé; mais on ne pourrait sans injustice l'étendre au cas où le prix de la vente est dissipé, et l'héritier vendeur devenu insolvable; ce serait violer ouvertement le droit de propriété, et ouvrir la porte aux plus grands abus.

L'art. 1240, conforme à l'ancienne jurisprudence (2), porte que « le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la « créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite « évincé. » Mais on ne trouvera nulle part que la vente faite par celui qui était en possession de la chose vendue soit valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé, lorsque l'acquéreur était dans la bonne foi. Une pareille maxime serait entièrement subversive du droit de propriété. Tout ce que la loi a dû faire pour l'acquéreur de bonne foi, c'est d'établir en sa faveur la prescription de la propriété par dix ans entre présens et par vingt ans entre absens (2265). Hors ce cas, la bonne foi de l'acquéreur doit céder au droit de propriété du parent plus proche, du cohéritier, du légataire, et enfin de l'enfant naturel, qui est une sorte de légataire légal.

289. On trouve cependant un arrêt du 19 juin 1739, par lequel il a été jugé qu'un héritier qui ne s'était pas présenté dans les délais que la loi lui accorde pour délibérer, et qui avait laissé un parent éloigné prendre la succession, n'avait pu, en se présentant ensuite, révoquer les aliénations faites par le possesseur de la succession (3). Si le parent évincé était solvable, cet arrêt est conforme à celui de la Cour de cassation du 20 mai 1806; dans le cas contraire, il contien-

(1) Art. 2182 et 2123 du Code civil. L. 54, *ff.* R. J. — (2) *V.* Pothier, *des Obligations*, tome 2, n° 467; le *Journal du Parlement de Bretagne*, tome 5, page 437. — (2) Cet arrêt est rapporté dans les notes de la nouvelle édition du *Commentaire* de Basnage sur la *Coutume de Normandie*, Rouen, 1778, sur l'art. 235, page 393. L'espèce ni les moyens n'y sont point détaillés; de là cet arrêt a passé dans le *Répertoire*, vo Succession, sect. 1, § 5, n° 2. *V.* ce que nous avons dit, tome 7, nos 30 et 31.

drait une violation inexcusable du droit de propriété, et une contravention aux dispositions du Code, qui veut que ceux qui n'ont sur un immeuble qu'un droit conditionnel ou résoluble, ne puissent concéder qu'un droit également conditionnel et résoluble (2125); ce qui est conforme à la raison, aux anciens principes, à l'art. 2182 du Code civil, seconde disposition; enfin à la loi 54, *ff. de reg. juris.*

Depuis la première édition de ce volume, la Cour de cassation a rendu, le 21 février 1814, un arrêt dont les conséquences peuvent avoir une grande influence sur la solution des questions que nous venons d'agiter numéros 284 et suivans. Cet arrêt a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour royale de Caen, qui avait jugé que les ventes faites par l'héritier *apparent* ne peuvent être attaquées par l'héritier véritable ou par son cessionnaire, si les acquéreurs ont acquis de bonne foi. Cette décision nous ayant paru porter atteinte au principe sacré de la propriété, nous avons cru devoir la combattre tome VII, n° 31; nous ne répéterons point ici les raisons que nous y avons développées, nous nous bornerons à rappeler les principes.

Tous les publicistes, tous les jurisconsultes s'accordent à considérer l'établissement de la propriété permanente comme l'un des principaux fondemens de la société. De là ce principe, reçu chez toutes les nations civilisées, que le propriétaire ne peut perdre son droit de propriété que par son propre fait et non par le fait d'autrui. *Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest;* l. 2, *ff. de reg. juris.*

De là encore cet autre principe, qui n'est qu'une conséquence du premier, qu'on ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même; *nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse habet*, l. 54, *ff. de reg. juris*, principe consacré par le Code civil, art. 2182. « Le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et « les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue. »

« Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une « condition, ou résoluble dans certain cas, ou sujet à rescision, ne « peuvent consentir (que des droits) soumis aux mêmes conditions « et à la même rescision (2125). »

L'observation de ce principe peut paraître dure en certains cas. Supposons qu'en mon absence, un usurpateur s'empare de mes biens; il en jouit plusieurs années et meurt laissant des héritiers qui trouvent ces biens dans la succession, sans connaître le vice de la possession de leur auteur. Ils les partagent de bonne foi. Celui auquel ils sont échus les vend à un acquéreur également de bonne foi, et lui remet une expédition de son acte de partage. A mon retour je réclame mes biens.

L'acquéreur m'oppose son contrat et sa bonne foi, d'autant moins douteuse, dans l'espèce, qu'il a acquis sur la foi d'un acte authentique qui semblait rendre le vendeur légitime propriétaire. Ainsi nul soupçon contre lui, nul reproche à lui faire. Il est dur de dépouiller un possesseur d'aussi bonne foi.

De mon côté, j'invoque le principe sacré de la propriété; je ne puis être dépouillé sans mon fait, par un acte qui m'est étranger. Quelle que fût la bonne foi du vendeur, il n'a pu transférer plus de droits qu'il n'en avait lui-même.

Autre espèce (1). Un cultivateur, pour rendre son exploitation plus étendue et plus facile, afferme verbalement quelques pièces de terre enclavées dans son domaine. Le propriétaire est au service, et laisse accumuler les fermages pour les trouver à son retour. Le fermier meurt, des héritiers éloignés recueillent sa succession, et ne trouvant dans les papiers du défunt aucune trace qu'il ne fût que fermier des pièces de terre réunies à son domaine, ils les partagent de bonne foi, les vendent et deviennent insolvables. Le propriétaire de retour réclame son bien, l'acquéreur invoque son titre et sa bonne foi. Il a acquis sur la foi d'un partage authentique qui paraissait assurer la Propriété du vendeur.

Dans ces deux cas et en beaucoup d'autres, comment concilier les égards dus au titre et à la bonne foi, avec le respect dû au principe sacré de la propriété?

Tel est le problème qui s'est, depuis bien des siècles, offert à la sagesse des législateurs. Comment l'ont-ils résolu?

Par le moyen de la prescription, cette patronne du genre humain, c'est-à-dire en fixant un terme, après lequel la revendication du propriétaire n'est plus admise contre l'acquéreur de bonne foi. Les lois romaines l'avaient fixé à dix ans entre présens, et à vingt ans entre absens. Leur disposition sur ce point, adoptée par la plupart des nations de l'Europe, et devenue, pour s'exprimer ainsi, leur droit commun, a été de nouveau consacrée en France par l'art. 2265 du Code.

Dans les espèces proposées, il ne suffit donc point à l'acquéreur d'invoquer sa bonne foi, son titre, et même celui de son vendeur, qui rendait si difficile de connaître que ce dernier ne fût pas propriétaire;

(1) On peut en ajouter une troisième, celle où l'acquéreur achète les biens compris dans la lotie du véritable héritier : après un partage authentique, un autre héritier attaque le partage et le fait rescinder pour lésion. L'aliénation est résolue en vertu de l'art. 2125. *V.* M. Chabot, tome III, page 700. Pourquoi donc l'aliénation faite par l'héritier apparent ne serait-elle pas résolue par la résolution de son droit? est-elle plus favorable que l'aliénation faite par le véritable héritier?

tout cela ne suffit pas pour faire céder le principe de la propriété. L'acquéreur n'a possédé que pendant neuf ans, la justice doit prononcer son éviction pour réintégrer le propriétaire dans ses droits, sauf le recours de l'acquéreur vers son vendeur.

Cette décision est tellement conforme à la loi et aux principes, que personne jusqu'à présent ne l'avait révoquée en doute. Le Code a consacré et renforcé ces principes. Les héritiers de ceux qui possédaient la chose à titre précaire ne peuvent la prescrire, dit l'article 2237; car ils succèdent au vice de la possession de leur auteur.

Néanmoins ceux à qui les détenteurs précaires, ou leurs héritiers ont transmis la chose par un titre translatif de propriété, peuvent la *prescrire* (2239). Et pour la prescrire, le titre et la bonne foi ne suffisent pas. Il faut encore, suivant l'art. 2265, une possession paisible de dix ou vingt ans. Le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même à la chose vendue. Si ses droits étaient conditionnels, résolubles, ou sujets à rescision, il ne transmet que des droits soumis aux mêmes conditions, résolutions ou rescisions (2182-2125).

Telles sont les règles impératives et générales prescrites par le Code. Le titre et la bonne foi ne suffisent point pour s'y soustraire. Il faut de plus la prescription par la possession paisible pendant dix ou vingt ans. Tandis qu'une loi précise n'aura point fait exception formelle à ces principes, relativement aux ventes faites par l'héritier apparent, il nous est impossible de croire l'arrêt du 21 février 1814 conforme à la loi, ou plutôt de ne pas l'y croire contraire.

Cette exception n'a point été faite et ne peut l'être sans faire naître les plus grands abus. Mon cousin germain meurt; la loi m'appelle à sa succession : mais un parent plus éloigné, profitant de mon absence, s'en empare. La loi l'y autorise, en l'autorisant à méconnaître mon existence. Il partage les biens avec les héritiers de l'autre ligne, vend le mobilier et tous les immeubles, dont il met le prix en sûreté et à l'abri de mes recherches.

A mon retour, je forme contre lui la pétition d'hérédité, et j'acquiers la triste certitude qu'il a tout vendu et qu'il est insolvable, du moins en apparence, et je revendique les immeubles contre l'acquéreur, qui répond qu'il a acquis de bonne foi, en vertu d'un juste titre, et sur la foi de l'acte de partage, circonstance qui le place dans une situation semblable à celle où se trouvait l'acquéreur dans les deux espèces précédentes.

Dans celles-ci comme dans celle-là, il faut mettre en balance les égards dus au titre et à la bonne foi, avec le respect dû au principe sacré de la propriété. La décision doit donc être la même, à moins

que le Code n'ait fait une exception en faveur de celui qui acquiert de l'héritier apparent.

Or, il n'en a point fait; il n'en pourrait faire sans une injustice criante : l'art. 136 autorise les parens du défunt plus éloignés en degré que l'absent, à méconnaître son existence, et à s'emparer de la succession, sans aucunes formalités, sans inventaire, sans donner de sûretés. C'est une imprévoyance de la loi; mais c'est une raison de plus pour conserver à l'absent les droits que donne contre les tiers acquéreurs ou possesseurs des biens, le principe de la propriété. C'est aussi ce qu'a fait le Code, en réservant, dans l'art. 137, tous les droits de l'absent, autres que l'action en pétition d'hérédité : « Sans « préjudice, est-il dit, des actions en petition d'hérédité, et d'*autres* « *droits :* » expressions qui ne peuvent s'appliquer qu'aux droits de l'héritier absent *contre les tiers possesseurs;* car tous ses droits contre celui qui s'était emparé de la succession, sont compris dans les actions en pétition d'hérédité. Ainsi, loin de faire aucune exception au principe de la prescription, en faveur de celui qui acquiert de l'héritier *apparent*, le Code a, au contraire, spécialement réservé les droits du véritable héritier absent. Il a donc celui d'évincer l'acquéreur dont le titre et la bonne foi ne sont point soutenus par une possession paisible de dix ou vingt ans.

Quant à l'arrêt rendu par la Cour de cassation, je ne rappellerai point ce que j'ai dit pour le combattre, tome VII, n° 31; mais je répéterai que j'en appelle avec confiance à la Cour de cassation elle-même, bien convaincu qu'un examen plus approfondi deviendra pour elle une nouvelle occasion de donner aux autres Cours le grand et honorable exemple qu'elle leur a plusieurs fois donné, celui de rétracter une première erreur : erreur dont les lumières et l'expérience ne garantissent pas toujours les plus grands esprits, parce qu'ils sont hommes (*a*).

Voyons maintenant si l'on doit appliquer les principes que nous venons d'exposer sur le droit de propriété, aux ventes faites par l'héritier légitime, au préjudice des droits des enfans naturels.

Observons d'abord que la nature de leurs droits sur les biens de leur père ou mère, a été considérée, pendant quelque temps, comme incertaine et douteuse. La commission chargée de la rédaction du projet de Code avait présenté le droit comme une créance. Ce projet portait : « Les enfans naturels n'ont qu'une créance sur les biens « de leur père ou mère. » Dans les conférences tenues au Conseil

(*a*) La Cour de cassation a persisté dans sa jurisprudence (*V.* notamment trois arrêts du 16 janvier 1843. Journ. du Palais, tome 1, 1843, page 331 et la note); mais les raisons de M. Toullier restent avec toute leur force.

d'état, on évita le mot *créance*, on y substitua le mot *droit*. « Les « enfans naturels, dit l'art. 756 du Code, ne sont point héritiers; la « loi leur accorde des *droits* sur les biens de leur père ou mère. » Mais est-ce un droit personnel, *jus ad rem*, ou un droit réel, *jus in re*, un droit de propriété? On en pouvait douter sous l'empire d'une législation toute nouvelle, dont l'esprit n'était point encore bien connu. Nous croyons avoir prouvé que le droit des enfans naturels est un droit réel, un droit de propriété, et qu'ils sont propriétaires par indivis, dès le moment du décès de leur père ou mère, quoiqu'ils soient, comme un légataire, soumis à demander la délivrance. Ainsi le pensent MM. Merlin, Chabot, etc. Cette opinion paraît désormais reçue sans contradiction; mais ce point de doctrine n'était point entièrement fixé dans les temps voisins de la promulgation du Code, et cette incertitude pouvait influer sur la manière de résoudre plusieurs questions sur les droits des enfans naturels, et notamment la question relative à la validité des ventes faites par l'héritier au préjudice de leurs droits.

La Cour de cassation, par un arrêt du 20 mai 1806, décida, comme nous l'avons dit, *sup.* n° 284, que si depuis la demande en délivrance, l'héritier vendait les biens de la succession, la vente serait nulle jusqu'à la concurrence de la portion attribuée par la loi aux enfans naturels.

Si la vente avait été faite de *bonne foi* avant que l'enfant naturel eût fait connaître son état et réclamé ses droits, on pensait que la vente devait être maintenue, *sauf à l'enfant naturel à exercer ses droits sur le prix des biens vendus, ou sur leur valeur, d'après estimation.* Ainsi l'avait jugé un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 14 fructidor an XII, rapporté dans la *Jurisprudence du Code civil*, tome III, page 31.

Mais si le prix des biens vendus n'existait plus, si l'héritier était insolvable, nous avions pensé, *sup.* n° 286, qu'après discussion préalable de ses biens, l'enfant naturel pouvait revendiquer les biens vendus.

Cette opinion est combattue par le savant Chabot dans son commentaire sur l'art. 756, n°s 13 et 14. Mais comme tous ses raisonnemens portent sur un point contesté entre nous, la validité ou la nullité des ventes faites par l'héritier apparent, nous croyons y avoir répondu d'avance par les principes ci-dessus exposés, et surtout par ce que nous avons dit tome VII, n° 31.

290. Si, au lieu d'héritiers légitimes, le père et la mère de l'enfant naturel laissaient un héritier institué ou un légataire universel, c'est contre ce dernier que devrait agir l'enfant naturel pour demander la

délivrance de sa réserve et faire réduire le legs; car le légataire universel est saisi de plein droit, lorsqu'au décès du testateur il n'y a pas *d'héritiers* auxquels une quotité de ses biens soit réservée (1006). Or, les enfans naturels ne sont point héritiers (756), ils ne peuvent donc prétendre la saisine de préférence à l'héritier institué ou au légataire universel.

291. Enfin, s'il n'y a ni héritiers connus, ni légataire universel ou héritier institué, l'enfant naturel qui veut réclamer la portion que la loi lui attribue sur les biens de ses père ou mère, doit faire nommer un curateur à la succession vacante, et se faire envoyer, contradictoirement avec lui, en possession des trois quarts de la succession, comme le ferait un légataire à titre universel : il n'y a sur ce point aucune difficulté (*a*).

292. Mais si au lieu de se borner aux trois quarts des biens que la loi lui défère, à défaut de descendans et d'ascendans du défunt, l'enfant naturel demandait l'envoi en possession de la totalité des biens, devrait-il également faire nommer un curateur aux biens vacans?

Nous n'en saurions douter. Cette nomination ne nous paraît pas moins indispensable en ce cas, pour l'intérêt même de l'enfant naturel, que dans le cas où il se borne à demander les trois quarts des biens. Dans l'un et l'autre cas, l'enfant naturel ne peut demander l'envoi en possession sans faire connaître son état, et cette reconnaissance fait le plus souvent naître de grandes difficultés et des discussions épineuses. Si l'enfant présente une reconnaissance authentique en apparence, elle peut toujours être contestée par les héritiers légitimes (339). S'il s'agit de la succession de sa mère, il doit prouver deux choses : 1° Le fait de l'accouchement de sa mère; 2° Qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée. Il n'est reçu à faire cette preuve par témoins que lorsqu'il a déjà un commencement de preuve par écrit (341). Toutes ces questions, et une infinité d'autres, ne peuvent être décidées que contradictoirement avec les héritiers légitimes. S'il ne s'en présente pas, elles ne peuvent l'être que contradictoirement avec un curateur à la succession vacante, parce que lui seul représente les héritiers, qui ont trente ans pour se présenter. Les jugemens rendus contradictoirement avec lui ont la même force que s'ils avaient été rendus contre eux, parce que c'est dans la personne du curateur que résident toutes les actions, et tous les droits actifs et passifs de la succession (813).

Il est donc de l'intérêt de l'enfant naturel de faire nommer un cu-

(*a*) *V.* la note du n° suivant.

rateur aux biens vacans, sans quoi les jugemens qu'il obtiendrait, et qui prononceraient soit sur son état, soit sur les difficultés relatives à la délivrance des trois quarts ou de la totalité des biens du défunt, n'auraient point la force de la chose jugée contre l'héritier qui se présenterait dans la suite, et qui n'aurait été ni partie ni représenté. La présence du procureur du roi ne suffirait pas pour rendre ces jugemens contradictoires, parce qu'il ne représente pas les héritiers absens, quoiqu'il doive veiller à leurs intérêts. Il devrait même requérir la nomination d'un curateur à la succession vacante (812), si l'enfant naturel n'en avait pas fait nommer un avant de former sa demande.

Il existe d'ailleurs une autre raison pour faire nommer un curateur à la succession vacante, lorsque l'enfant naturel demande l'envoi en possession de la totalité des biens, faute d'héritiers connus au degré successible. Il peut la demander, dit l'art. 758, *lorsque ses père et mère ne laissent pas de parens au degré successible*. L'article ne dit pas, *lorsqu'il n'y a point d'héritiers connus, lorsqu'il ne s'en présente pas*, ce qui est tout différent. Il ne suffit donc pas qu'il ne se présente point de parens, et qu'il n'y en ait pas de connus. Le Code exige qu'il n'en existe pas pour que la dévolution des biens soit opérée en faveur de l'enfant naturel; et comme tout demandeur doit être certain de sa demande, c'est à l'enfant naturel de faire sa preuve; en attendant, la succession doit être régie par un curateur : ainsi le veulent l'art. 811 et l'art. 812.

D'où résulte d'abord, que l'absence de l'héritier connu ne suffirait pas pour autoriser l'enfant naturel à se faire envoyer en possession de la totalité de la succession. Il pourrait seulement se faire délivrer la portion des biens que la loi lui assigne, et cela par un jugement rendu, soit par défaut contre l'héritier absent, soit contre le curateur aux biens vacans, nommé sur sa réquisition, ou sur celle du procureur du roi.

D'où résulte encore, que la renonciation ou la mort de l'héritier présomptif connu, ne suffirait pas plus que son absence pour opérer la dévolution en faveur de l'enfant naturel, et pour motiver seule sa demande d'envoi en possession.

D'où résulte enfin, qu'il ne suffit pas d'alléguer qu'il n'y a point d'héritiers connus pour motiver cette demande. Si, pour qu'une succession fût dévolue aux héritiers irréguliers, c'est-à-dire aux enfans naturels, au conjoint survivant, ou à l'État, il ne fallait qu'alléguer qu'il n'y a point d'héritiers connus, il n'y aurait presque jamais de successions vacantes : les enfans naturels, le conjoint survivant, ou, à leur défaut, la régie du domaine, qui exerce les droits de l'État,

pourraient se faire envoyer de suite en possession de toutes celles qui ne seraient pas réclamées dans les trois mois quarante jours, lorsque l'héritier présomptif ne serait pas connu, ce qui est aussi contraire à l'esprit qu'à la lettre du Code, qui ne leur défère la succession que dans le cas où le défunt ne laisse pas *de parens au degré successible*, et non lorsqu'il n'y a pas d'*héritiers connus*, ou que les héritiers connus *ont renoncé*. Ces deux circonstances rendent seulement la succession vacante (811).

Dans la cinquième édition de son *Traité des successions*, tome 2, page 369, le savant Chabot s'est écarté de notre opinion. Il prétend qu'aussitôt après les délais pour faire inventaire et pour délibérer, s'il ne se présente pas d'héritiers légitimes, l'enfant naturel peut, sans faire nommer de curateur à la succession vacante, présenter une requête au tribunal pour demander l'envoi en possession. Que, sur cette requête, le tribunal doit consulter d'abord la notoriété publique, pour savoir s'il n'y a pas d'héritiers connus, et ordonner qu'il sera, conformément à l'art. 770, fait trois publications et affiches; et que ce n'est qu'après ces publications faites, sans qu'il se soit présenté d'héritiers, sans qu'on ait acquis la connaissance qu'il en existe, que le tribunal peut rendre un jugement d'envoi en possession.

Le Code n'ayant déterminé ni les formalités de la demande d'envoi en possession, ni les délais qu'il faut mettre entre les trois publications, une circulaire du grand-juge sous la date de juillet 1804 (1) décida, pour rendre uniforme la marche des tribunaux, que les demandes d'envoi en possession devaient être insérées dans le *Moniteur;* que les trois publications devaient être faites de trois mois en trois mois, et que le jugement d'envoi en possession ne devait être prononcé qu'un an après la demande.

M. Chabot convient, page 385, qu'il est de l'intérêt des héritiers légitimes d'appliquer ces mesures aux demandes formées, soit par les enfans naturels, soit par le conjoint survivant, et que *les tribunaux ont le droit de l'ordonner.*

Il est certain qu'ils ne peuvent rien faire de plus sage. Et cela seul suffit pour faire sentir la nécessité de nommer un curateur à la succession vacante : car qui régira les biens, qui exercera les actions de la succession, à qui s'adresseront les créanciers pendant les délais indispensables pour les trois publications et jusqu'au jugement d'envoi en possession? Il nous paraît donc évident que si l'enfant naturel n'avait pas fait nommer un curateur, le procureur du roi ne pourrait

(1) Imprimé dans le *Recueil* de Sirey, an 1806, page 180.

se dispenser d'en requérir la nomination. Les créanciers de la succession auraient le même droit.

Mais, dit M. Chabot, on ne doit nommer de curateur que dans le cas où la succession est vacante; or, elle ne l'est, suivant l'art. 811, que lorsqu'il ne *se présente personne pour la réclamer*, ou qu'il n'y a pas d'héritiers connus, ou que les héritiers connus ont renoncé : donc elle n'est pas vacante lorsque l'enfant naturel *se présente pour la réclamer*.

Je réponds que l'art. 811 ne parle évidemment que des héritiers légitimes, et l'enfant naturel n'est pas héritier. Prétendre que c'est lui que le Code a voulu indiquer quand il a dit qu'une succession est vacante lorsqu'il *ne se présente personne qui la réclame*, ce serait lui prêter une absurdité. Ce serait supposer qu'il a fait marcher l'enfant naturel avant l'héritier légitime, tandis qu'il est certain que dans le chapitre, que dans la section, où se trouve l'article 811, le Code ne s'occupe que des héritiers, que des successions légitimes.

Enfin, M. Chabot prétend que l'enfant naturel n'a rien à prouver, lorsqu'il se présente après les trois mois quarante jours pour réclamer la totalité des biens. Nous pensons, au contraire, que sa demande doit être soutenue, non par des preuves rigoureuses qui seraient souvent difficiles, mais par des actes de notoriété et autres instructions qui doivent être faites contradictoirement avec le curateur aux biens vacans.

Je n'ajoute qu'un mot, c'est qu'il me paraît impossible de connaître s'il existe ou non des héritiers légitimes, et surtout des héritiers institués, avant d'avoir inventorié les papiers du défunt. Et comment procéder à l'inventaire? Il faut bien nommer un notaire pour représenter l'absent; le Code de procédure l'exige avec raison. L'enfant naturel, quoique n'ayant pas encore été en possession, a droit sans doute d'assister à cet inventaire. Or, aucun héritier n'étant présent, à qui remettra-t-on les papiers? à qui confier l'administration des biens de la succession? qui fera les actes nécessaires pour prévenir une prescription, ou l'insolvabilité d'un créancier? qui répondra aux prétentions des créanciers opposans? etc., etc. Qui examinera enfin les prétentions de l'enfant naturel? L'article 944 du Code de procédure veut que sur toutes les difficultés, le notaire délaisse les parties à se pourvoir en référé devant le président du tribunal. Il faudra donc bien nommer un curateur aux biens vacans, pour répondre à toutes les demandes formées contre la succession, pour en exercer les actions. Cela nous paraît évident (*a*).

(*a*) Je pense avec M. Chabot que la nomination d'un curateur aux biens vacans est tout à fait inutile, lorsqu'à défaut d'héritiers connus un enfant natu-

293. Si le défunt était né en France d'un légitime mariage, si les père et mère y étaient également nés, on ne peut le supposer sans parens au degré successible.

Inutilement objecterait-on que, suivant l'art. 136, « s'il s'ouvre « une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence « n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec « lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient « recueillie à son défaut. »

Ce texte même prouve que la dévolution qu'il établit n'est qu'en faveur des parens ou héritiers légitimes; celle qui se fait au profit des enfans naturels, du conjoint survivant ou de l'État, est réglée sur d'autres principes; elle ne s'opère que lorsqu'il n'y a pas *de parens au degré successible*. Il faut donc qu'il soit prouvé qu'il n'en existe pas; si cette preuve n'est pas faite, la succession est seulement vacante, mais non encore dévolue aux héritiers irréguliers (*a*).

294. Tels sont les principes qui dérivent des dispositions du Code; ils sont conformes à ceux de l'ancienne jurisprudence (1); et depuis la promulgation du Code, ils sont professés par la régie du domaine, dans une instruction qu'elle a fait donner à ses préposés (2), et qui

---

rel muni d'un acte de reconnaissance en bonne forme réclame la totalité de la succession. Cette opinion est adoptée par MM. Duranton, tome 6, no 352; Zachariæ, tome 4, § 639; Vazeille, sur l'art. 770, nos 2 et 3; Favard, *Répert.*, vo Succession, sect. 5, et par la jurisprudence. Paris, 26 mars 1835; Sir., 35, 2, 282; Dall., 35. 2, 105. Cass., 17 août 1840; Dev., 40. 1, 759; Dall., 40, 1, 275. Journ du Palais, tome 2, 1840, page 452. Toutefois il est bon d'examiner les argumens présentés par M. Toullier. Je réponds que les termes de l'art. 811 sont généraux, que par conséquent ils doivent s'appliquer à tous les successibles dont il a été question dans les chapitres précédens, et j'ajoute même aux légataires universels; que rien n'indique qu'il faille les restreindre aux seuls héritiers légitimes; que, en admettant qu'il soit vrai que l'enfant naturel doive prouver qu'il n'existe pas d'héritiers légitimes, la loi ne dit point que cette justification se fera contradictoirement avec le représentant de prétendus ayant-droit; que d'ailleurs l'envoi en possession dont il s'agit est moins un jugement qu'un acte de juridiction gracieuse; qu'enfin, pendant l'accomplissement des formalités qui doivent précéder l'envoi en possession, l'hérédité ne restera pas à l'abandon, puisqu'elle est administrée, représentée par l'habile à succéder, que la loi charge de faire apposer les scellés et de faire faire inventaire (*V.* art. 773 et 769). *V.* aussi les arrêts précités.

(*a*) *V.* la note précédente. — (1) *V.* dans le *Nouveau Denisart*, vo Déshérence, § 2, no 3, l'arrêt du Parlement de Paris, du 23 mars 1765, et les conclusions de l'avocat général Barentin, sur lesquelles cet arrêt fut rendu. Les procureurs du roi ou les procureurs fiscaux régissaient les successions vacantes, en attendant qu'elles fussent déférées au Roi ou aux seigneurs. Autrefois on faisait nommer un curateur aux biens vacans; mais on regarda cette nomination comme inutile quoique régulière. Elle fut abolie en Bretagne par des arrêts rendus en forme de réglemens, les 30 décembre 1734 et 11 avril 1753, et les procureurs du roi ou les procureurs fiscaux devinrent de plein droit curateurs aux biens vacans, sous la caution de la seigneurie. *V.* les *Principes du droit* de Duparc-Poullain, tome 2, page 100. — (2) Elle est du 5 mars 1806, no 300, tome 5, page 10.

a été approuvée par le grand-juge ministre de la justice, et par le ministre des finances : elle y établit les principes que nous venons d'exposer, et distingue les successions *vacantes* des successions *en déshérence*.

Toute succession d'un Français est réputée *vacante*, lorsque après les trois mois quarante jours, il ne se présente personne pour la réclamer, qu'il n'y a pas d'*héritiers connus*, ou que les héritiers *connus y ont renoncé* (811). Elle doit être régie par un curateur.

L'absence des héritiers, ou leur renonciation, n'autorise pas les préposés à se présenter, au nom de l'État, pour recueillir une succession, puisqu'en ce cas elle est vacante, et non pas en déshérence.

La succession *en déshérence* est celle qui est acquise à l'État, lorsque le défunt ne laisse ni parens au degré successible, ni enfans naturels, ni conjoint survivant non divorcé (767-768).

Il faut qu'il soit *constaté* que l'État est appelé, parce qu'il n'y a ni parens successibles, ni enfans naturels, ni époux survivant. Avant que cela soit constaté, le directeur général de la régie recommande à ses préposés de ne point requérir l'apposition des scellés, et de ne point s'immiscer dans la régie d'aucune succession délaissée *par un Français;* et si une succession vacante avait été considérée comme en déshérence, aussitôt que le tribunal, ayant égard aux réclamations faites contre cette erreur, aura nommé un curateur, le receveur de la régie lui remettra copie du compte ouvert tenu pour cette succession, et le laissera régir, en se bornant à recevoir et à payer, conformément à l'art. 813 du Code.

Si, au contraire, une succession ouverte en déshérence avait été mal à propos considérée comme une succession vacante, le directeur de la régie devrait la réclamer, et demander au tribunal que le curateur soit tenu de cesser toute administration, et de rendre compte de sa gestion au receveur.

Ainsi la succession est vacante, lorsqu'il ne se présente point d'héritiers, lorsqu'ils ne sont pas connus, et qu'on ignore s'il en existe.

Elle est en déshérence lorsqu'il est constaté qu'il n'en existe pas (*a*).

295. Il y a plusieurs sortes de déshérences : 1° la succession d'un individu condamné, qui a acquis des biens depuis la mort civile encourue; ces biens appartiennent à l'État *par droit de déshérence* (33);

2° Celle d'un étranger qui ne laisse point de parens français habiles à lui succéder; ses biens appartiennent à l'État, parce qu'ils

(*a*) La circulaire de la régie n'est pas aussi décisive sur le point dont il s'agit que le pense M. Toullier. *V.* Sir., 1806, 2, 180. Comp. aussi les arrêts cités à la note du n° 292.

restent sans maître (713) : on appelait autrefois cette déshérence droit d'aubaine (*a*);

3° Enfin, celle d'un Français qui ne laisse ni parens successibles, ni enfans naturels, ni conjoint survivant (768); mais il faut prouver qu'il n'en existe point.

296. Indépendamment de cette preuve qui incombe également aux enfans naturels et au conjoint survivant, lorsqu'ils demandent l'envoi en possession, le grand-juge, par sa circulaire du 8 juillet 1806 (1), a déterminé les formalités que doit suivre la régie des domaines; elles ont pour but d'avertir les héritiers, s'il en existe, de se présenter.

Lorsqu'il paraît au directeur de la régie, par les renseignemens que lui ont transmis les receveurs, qu'il n'existe pas d'héritiers d'une personne décédée, il doit présenter un mémoire au tribunal dans le ressort duquel la succession s'est ouverte, pour lui demander l'envoi en possession. Le tribunal décerne acte de cette demande, et ordonne qu'une expédition de son jugement sera adressée au grand-juge, pour que la demande soit insérée dans le *Moniteur*; il ordonne encore que les trois publications et affiches prescrites par l'art. 770 seront faites et apposées dans son ressort, suivant les formes usitées, et de trois mois en trois mois.

Le jugement d'envoi en possession ne peut être prononcé qu'un an après la demande, et après avoir entendu le procureur du roi.

297. Mais ces publications et affiches ne dispensent point de prouver qu'il n'existe point de parens dans le degré successible. Le tribunal peut, suivant les circonstances, admettre ou rejeter la demande d'envoi en possession, sauf à la régie à se pourvoir, si elle croit les intérêts de l'État lésés par le jugement qui a été rendu (*b*).

298. Quoique ces formalités aient été établies à l'occasion des demandes d'envoi en possession formées par la régie du domaine, comme elles ne sont que la manière d'exécuter l'art. 770, dont la disposition est commune aux enfans naturels et au conjoint survivant, il n'est

---

(*a*) *V.* la loi du 14 juillet 1819, et la note du n° 102, *in fine*. — (1) Imprimée dans le *Recueil* de Sirey, an 1806, page 180. — (*b*) Les savans annotateurs de Zachariæ pensent qu'il suffit que le successeur irrégulier justifie qu'il ne s'est présenté pour recueillir l'hérédité aucun successible d'un rang préférable au sien. Nous croyons en effet, ajoutent-ils, qu'en matière de succession l'absence ou l'inaction des personnes qui sont appelées à l'hérédité en première ligne, doit être assimilée à leur non-existence, en ce sens que les personnes auxquelles elle serait dévolue en seconde ligne sont provisoirement du moins, et tant que dure cette absence et cette inaction, autorisées à se gérer comme héritiers ou successeurs irréguliers du défunt, et à exercer les droits qui leur compétent en cette qualité. M. Toullier reconnaît lui-même la justesse de ce principe, en ce qui concerne les héritiers (*V.* ci-après n° 345), et nous ne

pas douteux que ces derniers doivent suivre la marche tracée par la circulaire du grand-juge (*a*).

299. Quant à la preuve qu'il n'existe pas de parens successibles, elle peut souvent être difficile. Si le défunt était un enfant naturel, la preuve serait facile, en faisant voir que ses père et mère ne sont pas connus ou qu'ils sont morts, et qu'il n'a pas laissé de descendans; elle serait encore facile s'il s'agissait de la succession d'un étranger naturalisé. Dans les autres cas, c'est à la prudence des juges d'apprécier les preuves données par les enfans naturels ou par le conjoint survivant qui demandent l'envoi en possession.

300. Mais comme malgré les preuves qui peuvent rarement être rigoureuses, il peut dans la suite se découvrir des héritiers du défunt, à qui la succession doit être rendue (771), le Code prescrit des mesures pour constater la valeur des biens et pour en assurer la restitution. Les enfans naturels, le conjoint survivant et l'administration des domaines, sont tenus de faire apposer les scellés, et de faire faire inventaire, dans les formes prescrites pour l'acceptation des successions sous bénéfice d'inventaire (769), si ces formalités n'ont pas déjà été remplies par le curateur aux biens vacans.

L'administration des domaines fait toujours vendre le mobilier dont le prix est, sous sa responsabilité, versé dans la caisse de son receveur.

301. Les enfans naturels et l'époux survivant sont tenus de faire emploi du mobilier, ou de donner caution suffisante pour en assurer la restitution, dans le cas où il se présenterait des héritiers du défunt dans l'intervalle de trois ans (*b*). Après ce délai, la caution est déchargée (771). On peut conclure de là qu'ils pourraient conserver le mobilier en donnant une caution. Mais de ce que la caution est déchargée après trois ans, il ne faut pas conclure que les héritiers

---

voyons aucune raison solide pour ne pas l'appliquer également aux successeurs irréguliers qui demandent à être envoyés en possession de l'hérédité, puisque l'art. 811, ne statuant que sur le cas de succession vacante, est évidemment étranger à l'hypothèse dont il est actuellement question. Cette opinion me paraît devoir être adoptée. *V.* discours de M. Treilhard, Locré, tome 10, page 193. Comp. toutefois Paris, 31 août 1822; Sir., 23, 2, 100; Dall., 21, 2. 147; *id.*, 26 mars 1835; Sir., 35, 2, 282, et les auteurs cités à la note du n° 292. La possession par l'État des biens composant une succession en déshérence ne peut servir de fondement à la prescription qu'à compter de l'envoi en possession prononcé dans les formes établies par la loi. Paris, 2 février 1844; Journ. du Palais. tome 1, 1844, page 272.

(*a*) Les règles que trace la circulaire de 1806 sont tout au plus de conseil, mais non de précepte pour les tribunaux. Aussi ne sont-elles obligatoires pour eux que lorsque l'envoi en possession est réclamé par l'enfant naturel ou le conjoint survivant. Zachariæ, tome 4, § 639.— (*b*) De l'envoi en possession; Chabot, sur l'art. 771, 1°; Duranton, tome 6, n° 355, 5°. Comp. toutefois Zachariæ, tome 4, § 639.

qui se présenteraient plus tard, n'auraient pas le droit de se faire restituer le mobilier ou sa valeur; il en résulte seulement qu'ils auraient perdu la garantie que leur eût offerte le cautionnement s'ils s'étaient présentés dans les trois ans.

Il n'en faut pas conclure encore, qu'après ce délai, les enfans naturels et le conjoint survivant puissent vendre valablement les immeubles de la succession, sauf à rendre compte du prix (*voy.* sup., n° 277 (*a*).

302. Le Code n'exige de caution ni pour la sûreté de l'administration des enfans naturels ou du conjoint survivant, ni pour la restitution des immeubles que l'héritier a le droit de revendiquer contre les acquéreurs qui n'auraient pas prescrit par la possession de dix ou vingt ans, ni enfin pour la restitution des fruits que les héritiers irréguliers ne sont pas obligés de rendre lorsqu'ils les ont perçus de bonne foi.

303. Les enfans naturels et le conjoint survivant, qui se sont emparés de la succession, sans demander l'envoi en possession, et sans avoir rempli les formalités qui leur sont prescrites, sont possesseurs de mauvaise foi, et peuvent être condamnés aux dommages et intérêts envers l'héritier légitime qui se présente pour former la pétition d'hérédité, art. 772 (*b*). Au contraire, lorsqu'ils ont demandé l'envoi en possession, et rempli toutes les formalités prescrites, ils sont possesseurs de bonne foi. Il faut voir dans l'un et dans l'autre cas, quelles sont leurs obligations.

En général, les possesseurs d'une hérédité, évincés par l'héritier légitime, sont obligés de lui rendre les biens qui en dépendent, et de plus à des prestations personnelles (1) qui peuvent s'étendre au compte des fruits qu'ils ont perçus ou dû percevoir, à celui des profits qu'ils ont retirés des biens de la succession, à celui des dégradations ou détériorations, et des pertes arrivées par leur fait ou par leur faute; mais leur bonne ou mauvaise foi établit plusieurs différences entre ces obligations.

---

(*a*) L'action des héritiers pour se faire restituer le mobilier ou sa valeur dure trente ans : la maxime, en fait de meubles possession vaut titre, ne peut leur être opposée par ceux qui détiennent, soit comme héritiers, soit comme successeurs irréguliers, soit même comme légataires. Cass., 10 février 1840. Journ. du Palais, tome 1, 1840, page 583. — (*b*) Ou du moins sont présumés tels. Nul doute qu'ils ne doivent être considérés comme possesseurs de mauvaise foi, lorsque, connaissant l'existence des héritiers demandeurs en pétition d'hérédité, ils savaient en même temps que si ces derniers ne se présentaient pas pour recueillir la succession, c'est uniquement parce qu'ils en ignoraient l'ouverture à leur profit. — (1) *Petitio hæreditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen prestationes quasdam personales*, etc. Leg. 25, § 18, *ff. de Pet. hæred.*; Pothier, *de la Propriété*, n° 406 et suiv.

Il n'y a pas de différence à faire entre les possesseurs de bonne ou de mauvaise foi, relativement aux choses dépendantes de la succession, et qui se trouvent en leur possession au moment de la pétition d'hérédité; ils sont tenus les uns et les autres de les restituer.

Le possesseur de mauvaise foi est tenu, de plus, de rendre celles qu'il a par son fait ou par sa faute cessé, ou même manqué de posséder, comme s'il les possédait encore (*a*).

Au contraire, le possesseur de bonne foi n'est tenu qu'à rendre le profit qu'il a pu retirer des choses qu'il a cessé de posséder (1).

304. Car c'est une règle générale que les possesseurs de l'hérédité ne peuvent retenir aucun des profits qu'ils ont retirés des biens qui la composent, quels que soient ces profits, et quand même l'héritier n'eût pas fait ces profits; *Omne lucrum auferendum esse tàm bonæ fidei possessori quàm prædoni dicendum.* L. 28, *ff. de Petit. hæred.* On en donne pour exemple le produit de la vente d'une chose qui a péri par un cas fortuit, peu de temps après la vente. L. 20, § 1, *de Petit. hæred. Voyez* Pothier, *de la Propriété*, n° 417 (2).

Ce principe est commun aux possesseurs de bonne et de mauvaise foi, mais avec cette distinction :

Le possesseur de mauvaise foi est obligé de tenir compte à l'héritier légitime de tout ce qui lui est parvenu des biens de la succession, quand même il l'aurait dissipé sans utilité; au contraire, le possesseur de bonne foi n'est tenu de rendre compte des profits qu'il a retirés des biens de la succession, que jusqu'à concurrence de ce qu'il se trouve en profiter, *in quantùm locupletior factus est* (3).

Ainsi le possesseur de bonne foi rend compte de toutes les sommes qu'il a reçues, et généralement de tous les profits qu'il a retirés des biens de la succession; et sur le montant de ces sommes, il déduit toutes les dépenses, sans qu'elles puissent être critiquées pour avoir été faites sans utilité. Il suffit que ces dépenses aient diminué les profits qu'il a retirés de la succession.

305. Il déduit encore les pertes qu'il justifie avoir faites, sans

---

(*a*) *Sive dolo noluerit possessionem admittere. V.* L. 25, § 8, *ff. de Petit. hæred.*, Pothier, *Traité de la propriété*, n° 407. Il est douteux que cette décision soit suivie aujourd'hui : je ne connais pas de texte qui condamne le possesseur de mauvaise foi à indemniser le propriétaire pour ce qu'il a manqué de posséder; à moins cependant qu'on ne dise qu'il doit répondre des pertes de toute nature qui ont diminué l'universalité juridique, de la même manière que le possesseur de mauvaise foi d'un objet particulier est tenu de tous les dommages-intérêts résultant des dégradations arrivées par son fait ou par sa négligence. — (1) *V.* Pothier, *ibid.*, no 406 et suiv. — (2) On conclut de là, que si le possesseur de l'hérédité a vendu 100 francs un effet qu'il a ensuite racheté 60 francs, il ne peut pas se borner à rendre l'effet, il doit rendre de plus les 40 francs de profit qu'il a retirés. L. 22, *ff. eod.*—(3) L. 20, § 6, *ff. eod.*

qu'on puisse lui reprocher qu'elles sont arrivées par son fait ou par sa faute, parce qu'il n'est tenu de rendre compte que jusqu'à concurrence de ce qu'il a profité. Par exemple, il aura laissé acquérir des prescriptions, des péremptions; il aura laissé des débiteurs devenir insolvables : l'héritier légitime ne pourra le rendre responsable de ces fautes et de ces négligences.

Au contraire, le possesseur de mauvaise foi répond de toutes ses fautes : il ne peut déduire que les impenses utiles ou nécessaires; il peut même, suivant l'art. 772, être condamné aux dommages et intérêts envers l'héritier légitime.

306. La même distinction s'applique aux dégradations des biens de la succession. Le possesseur de bonne foi, qui se croyait propriétaire, a négligé de réparer des édifices qu'il regardait inutiles : il les a laissés tomber en ruines, il les a démolis : il n'est tenu de les rendre que dans l'état où ils se trouvent au moment de la demande, sans pouvoir être inquiété à raison de ces dégradations ou démolitions. *Tunc enim quia quasi suam rem neglexit nulli querelæ subjectus est.* L. 41, § 3, *ff. de Petit. hæred.;* Pothier, nos 435 et 436.

Au contraire, le possesseur de mauvaise foi est tenu de tous les dommages et intérêts résultant des dégradations arrivées par son fait. *Sicut sumptum quem fecit deducit, ità si facere debuit, nec fecit, culpæ hujus reddat rationem.* L. 31, § 3 *ff. de Petit. hæred.*

307. Mais quelle différence faut-il faire entre les obligations des possesseurs de bonne foi et des possesseurs de mauvaise foi, relativement à la restitution des fruits? Cette question est intéressante, parce qu'elle s'élève fréquemment dans les pétitions d'hérédité ou demandes de partage, et que nous suivions en Bretagne des principes différens de ceux que l'on suivait à Paris et dans les pays de droit écrit. Il est donc nécessaire de fixer les idées, de voir quelles sont les dispositions du Code sur ce point, et les conséquences qu'on en doit tirer pour la décision des cas particuliers.

308. Suivant le droit romain, les fruits perçus depuis l'ouverture de la succession font partie de l'hérédité. *Fructus omnes augent hæreditatem, sive ante aditam, sive post aditam hæreditatem accesserint.* L. 20, § 3, *ff. de Petit. hæred.;* Pothier, *Droit de propriété*, no 400.

Ainsi, le possesseur, même de bonne foi, devait rendre, lorsqu'il était évincé, tous les fruits qu'il avait perçus, comme les autres biens qui font partie de l'hérédité.

Mais on distinguait entre les fruits perçus avant ou depuis la demande. A l'égard des premiers, le possesseur de bonne foi n'en devait compte que jusqu'à concurrence de ce qu'il avait profité.

Au contraire, le possesseur de mauvaise (1) foi devait tenir compte de tous les fruits qu'il avait perçus, soit qu'il en eût profité ou non, et même de ceux qu'il aurait pu percevoir, quoiqu'il ne les eût pas perçus. *Prædo fructus suos non facit sed augent hæreditatem ideòque eorum quoque fructus præstabit; in bonæ fidei possessore hi tantùm venient in restitutionem quasi augmenta hæreditatis per quos locupletior factus est.* L. 40, § 1, *ff. eod.*

Mais en admettant ce principe équitable, il restait à déterminer quand la fortune du possesseur de bonne foi a été augmentée par les fruits qu'il a perçus. La difficulté de résoudre cette question avait fait naître entre les interprètes des opinions différentes. Les uns, et c'est peut-être le plus grand nombre (2), enseignaient que le possesseur de bonne foi devait rendre tous les fruits perçus avant la pétition d'hérédité, même ceux qu'il avait consommés de bonne foi (3).

D'autres interprètes distinguaient entre les fruits naturels, industriels, consommés ou existans.

309. La coutume de Bretagne avait tranché toutes ces difficultés, en ordonnant (4) que les fruits perçus avant la demande de partage ne seraient point rapportables, sans distinguer entre les possesseurs de bonne ou de mauvaise foi, ni entre les différentes espèces de fruits.

En Normandie, on ne faisait également aucune distinction entre les possesseurs de bonne ou de mauvaise foi, et les fruits n'étaient exigibles que du jour de l'action, hors le cas d'une possession usurpée par force, ou fondée sur un contrat nul et frauduleux (5).

310. Mais dans le reste de la France il n'y avait rien de fixe. Lebrun (6) enseigne qu'il était certain dans l'usage que la bonne foi du possesseur l'exempte de restituer les fruits de la succession. C'est pourquoi, dit-il, si l'usurpateur d'une hérédité en a disposé, la bonne foi de l'acquéreur le dispense de la restitution des fruits.

Il ajoute que si l'action de pétition d'hérédité s'intente contre un possesseur de bonne foi, par exemple, contre celui qui *croyait être dans le plus proche degré, parce que celui qui l'aurait dû précéder était absent depuis longtemps, et qu'on avait reçu* de fausses nou-

(1) *V.* Voët, *in Pandect. de Petit. hæred.*, no 15. — (2) *V.* D'Argentré sur l'art 527 de l'*Ancienne Coutume de Bretagne*, col. 1943, no 2; Brunneman, in L. 9, Cod. *de Famil. erciscundæ;* Vinnius, in § 35, *Inst. de Rerum divis.;* Dumoulin, in § 35, glos. 1, no 49 de l'*Ancienne Coutume de Paris;* Lacombe, vo Faute, sect. 1, no 2. — (3) Il ne restait dans cette opinion, d'autre différence entre le possesseur de bonne ou mauvaise foi, qu'à l'égard des fruits qu'on eût pu percevoir, et qui n'avaient pas été perçus. — (4) Art. 527 de l'*Ancienne Coutume*, et 597 de la *Nouvelle.* — (5) Basnage, sur l'art. 52. — (6) *Des successions*, liv. 2, chap. 7, sect. 1, nos 17 et 18.

velles de sa mort, elle n'emportait que la restitution des fruits existans, ou dont le possesseur s'est enrichi... La raison de cette disposition est, que celui qui recueille ainsi une succession qu'il croit lui appartenir, augmente d'autant sa dépense, et par conséquent qu'on doit présumer qu'il a dépensé les revenus (1).

Il paraît néanmoins que l'opinion de Lebrun n'était pas suivie dans la pratique, et qu'on exigeait de celui qui s'était mis en possession d'une succession, le compte de tous les fruits même consommés de bonne foi. C'était l'opinion de Domat (2).

« Il y a des cas, dit-il, où le possesseur de bonne foi est obligé de « rendre les fruits dont il a joui. Ainsi, par exemple, si de deux co- « héritiers de leur père, *l'un étant absent*, l'autre a joui de tous les « biens de la succession, croyant que son frère fût déjà mort, il sera « tenu de lui rendre, quand il reviendra, toute sa part de la succes- « sion avec les jouissances; et il en est de même entre tous les autres « cohéritiers, soit *ab intestat* ou par testament, lorsque l'un a joui « de la portion d'un autre : car le titre d'un héritier ne lui donne « droit qu'en sa portion, et celle de son cohéritier s'augmente par « les fruits qui en proviennent. Ainsi, la bonne foi de l'héritier qui « jouit de tous les biens de la succession, renferme la condition que « s'il se trouve avoir un cohéritier, il lui fera justice de sa portion : « ce qui distingue la condition de cet héritier de celle d'un autre pos- « sesseur de bonne foi, que rien n'oblige à penser qu'aucun autre que « lui ait droit en ce qu'il possède. »

Cependant Domat convient, en note, que, si celui qui aurait recueilli la succession en pareil cas, avait de justes motifs de croire qu'il n'y avait pas d'autres héritiers; il serait de l'équité de modérer la restitution des fruits.

311. Entre ces deux opinions opposées, le Code a consacré celle de Lebrun, reconnue plus conforme à l'équité (3). L'art. 138 porte : « Tant que l'absent ne se présentera pas, ou que les actions ne se- « ront point exercées de son chef, ceux qui auront recueilli les suc- « cessions gagneront les fruits par eux perçus de bonne foi. »

Cette décision pleine d'équité, et qui prévient une foule de difficultés, est fondée sur ce que celui qui recueille une succession, à défaut de parens plus proches, qui ne se sont pas présentés dans les trois mois quarante jours, est réputé dans la bonne foi. Il a pu ignorer leur existence, ou croire qu'ils abandonnaient leurs droits. Ainsi,

(1 *V.* Pothier, *ubi suprà*, n° 304. — (2) Au titre de la *Restitution des fruits*, liv. 3, tit. 5, sect. 3; il se fonde sur la loi 17, Cod. *Famil. ercis.* — *V.* aussi Pothier, *Traité de la propriété*, n° 430. — (3) M. Chabot, sur l'article 773, adopte entièrement notre opinion, n° 6, p. 389, 5e édition.

suivant le Code, il faut appliquer à la pétition d'hérédité le principe d'équité consacré d'une manière générale par l'art. 549, que « le simple possesseur ne fait les fruits siens, que dans le cas où il possède de bonne foi. »

312. Appliquant ces principes aux enfans naturels et au conjoint survivant, qui recueillent les biens du défunt faute de parens dans le degré successible, il nous semble qu'on ne peut raisonnablement soutenir qu'ils ne sont pas possesseurs de bonne foi, lorsqu'ils ont demandé et obtenu l'envoi en possession, et rempli toutes les formalités prescrites : ils ont alors, comme l'exige l'art. 550, un titre translatif de propriété, un titre légal, dont ils sont censés ignorer les vices; ils ont en leur faveur la disposition de l'art. 138. Aussi n'est-ce que faute d'avoir rempli les formalités, que l'art. 772 les soumet envers l'héritier légitime aux dommages et intérêts, dans lesquels entrent certainement les fruits qu'ils ont perçus, ainsi que l'observe fort bien M. Maleville sur cet article. Nous pensons donc qu'ils ne doivent compte des fruits que du jour de la demande, ou du jour que leur bonne foi a cessé (550) (*a*).

Nous pensons même que cette décision doit s'étendre aux fruits des trois premières années, pendant lesquelles dure l'engagement de la caution qu'ils ont donnée, parce qu'il y a le même motif de bonne foi pendant ces trois années que pendant les suivantes, et que l'article 771 n'a point exigé la caution pour la restitution des fruits de ces trois années, mais seulement pour la restitution du mobilier.

## CHAPITRE V.

### *De l'acceptation et de la répudiation des successions.*

## SECTION PREMIÈRE.

*De l'acceptation.*

SOMMAIRE.

312 *bis.* Définition de l'acceptation ou adition d'hérédité.
313. Nul n'est héritier qui ne veut; il n'y a point d'héritiers nécessaires.
314. Division de la matière.
315. On ne peut accepter avant l'ouverture de la succession,
316. Ni avant d'y être appelé.
317. Pour accepter, il faut être capable de s'engager.
318. Les femmes mariées doivent être autorisées; les maris peuvent accepter malgré leur refus.

(*a*) L'enfant naturel, le conjoint survivant qui ont accompli les formalités prescrites par les art. 769 et suiv. sont présumés possesseurs de bonne foi. Leur possession est fondée sur la loi (art. 138), mais non sur un *acte translatif de propriété.* Ils ne pourraient certainement, comme ayant titre et bonne foi, prescrire l'hérédité par dix ou vingt ans.

319. Des créanciers de celui qui refuse d'accepter.
320. Des mineurs et des interdits.
321. Des héritiers de celui qui meurt avant d'avoir accepté.
322. Celui qui accepte purement et simplement n'exclut pas celui qui accepte sous bénéfice d'inventaire.
323. Comment doit être faite l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.
324. L'acceptation pure et simple est expresse ou tacite.
325. La qualité d'*héritier* prise par l'habile à succéder, n'est pas toujours une acceptation.
326. Quels actes constituent l'acceptation expresse.
327. De l'acception tacite. Il faut l'intention jointe aux faits.
328. Les faits qui supposent *nécessairement* l'acceptation, sont les actes de propriété; exemples.
329. La disposition du moindre effet de la succession rend héritier,
330. Quand même la chose prise par l'habile à succéder lui serait due par le défunt.
331 Les actes d'administration et de conservation ne supposent pas nécessairement l'acceptation; exemples.
332. Mais c'est à l'habile à succéder de prouver une volonte contraire.
333. Faits d'où l'on ne peut induire l'acceptation.
334. Effet de l'acceptation; il remonte à l'ouverture de la succession.
335. Dans quel cas le majeur ou le mineur peuvent être restitués contre l'acceptation.
336. La part de l'héritier restitué n'accroît pas aux autres ma gré eux comme celle du renonçant.

312 *bis*. L'acceptation d'une succession, que l'on appelle aussi *adition d'hérédité*, est l'acte par lequel l'habile à succéder fait connaître qu'il s'est déterminé à accepter la succession d'une personne décédée, à prendre la qualité d'héritier, et par conséquent à contracter tous les engagemens auxquels ce titre assujettit; car, en acceptant, l'héritier s'oblige personnellement à toutes les charges de la succession. *Adeuntes hæreditatem se obligant* (1). Nous disons à toutes les charges, car on ne peut diviser l'adition d'hérédité pour n'en prendre qu'une partie et laisser le reste (2).

313. Le consentement ou la volonté de l'habile à succéder est donc nécessaire pour le rendre héritier, quoique la loi le déclare saisi de plein droit par la mort du défunt (724); car il peut refuser cette saisine en abdiquant son droit. Si l'on peut abdiquer un droit de propriété qu'on possédait depuis longtemps, comme nous l'avons prouvé, tome III, n° 341, on peut, à plus forte raison, abdiquer un droit dont on n'est pas encore entré en possession. Nul n'est donc tenu d'accepter une succession qui lui est échue (775); nul n'est héritier qui ne veut (3).

(1) L. 6, Cod. *de Hæred. action.* Cout. de Paris, art. 317.—(2) L. 20, Cod. *de Jure deliber.*—(3) Art. 571 de la *Cout. de Bretagne.*—[L'acceptation ne fait acquérir aucun droit à l'héritier qui ayant la saisine se trouve investi de la propriété et de la possession de l'hérédité. Elle fixe seulement sur sa tête et d'une manière irrévocable (sauf, bien entendu, l'application de l'art. 783) la qualité d'héritier: elle le prive de la faculté de renoncer. L'acceptation n'est un moyen d'acqué-

Si, dans l'ancien droit romain, les enfans ne pouvaient renoncer à la succession du père, c'est parce que, comme nous l'avons dit *sup.*, n° 121, ils étaient considérés comme copropriétaires des biens communs, même de son vivant, de manière qu'à sa mort ils n'étaient pas censés acquérir une propriété nouvelle, mais plutôt prendre la libre administration de leurs anciennes propriétés. Ce fut sans doute ce qui les fit regarder comme héritiers nécessaires : ils ne pouvaient renoncer aux biens pour se dispenser de payer les dettes. L'édit du Préteur fit cesser cette injustice, en leur accordant la faculté de s'abstenir.

L'empereur Justinien alla plus loin : il sanctionna, en faveur de tous les héritiers, un grand principe d'équité naturelle; il ordonna que ceux qui acceptent une succession, ne seraient obligés de payer les dettes que jusqu'à concurrence des biens, pourvu qu'ils prissent la précaution d'en faire constater la valeur par un inventaire. Cette sage institution est devenue le droit commun de l'Europe.

314. Ce que nous avons à dire sur l'acceptation se réduit aux points de savoir, quand on peut accepter une succession, quelles personnes peuvent l'accepter, comment et quels sont les actes d'où l'on doit et d'où l'on peut induire l'acceptation, quel est l'effet de l'acceptation, et enfin, comment on peut être restitué contre l'acceptation.

315. Pour accepter ou renoncer à une succession, il faut qu'elle soit ouverte (1130) : l'acceptation faite avant son ouverture n'est point obligatoire. Il est contraire à la nature des choses qu'une succession puisse être acceptée avant d'être ouverte. Comment accepter un titre qui n'existe point? Comment succéder avant qu'il y ait une succession? Si donc, sur un faux bruit de la mort d'une personne, l'habile à succéder a pris la qualité d'héritier et s'est mis en possession des biens, cette acceptation n'étant point valable, il pourrait renoncer en apprenant la mort de cette personne, pourvu que depuis la mort il n'ait pas continué de faire des actes d'héritier (1); il devra seulement rendre compte de ce qu'il a fait.

316. Il ne suffit même pas que la succession soit ouverte, il faut que celui qui l'accepte y soit appelé. Ainsi la Cour de cassation a dé-

---

rir la qualité d'héritier que pour l'habile à succéder qui a renoncé, ou pour celui auquel l'hérédité est dévolue par suite de la renonciation des héritiers qui lui étaient préférables. La disposition littérale de l'art. 775 s'applique donc seulement aux successibles qui ne deviennent héritiers que par l'adition. L'ancienne règle *nul n'est héritier qui ne veut* signifiait simplement que le droit coutumier ne reconnaissait pas d'héritiers nécessaires. Il eût mieux valu dire : « *Tout héritier saisi a la faculté de renoncer à l'hérédité à laquelle il se trouve appelé.* »]

(1) Pothier, *des successions*, chap. 3, sect. 3, art. 3, § 3. page 346 — [V. aussi Riom, 29 mars 1810; Sir., 11, 2, 325; Dall., 12, 314.

cidé, par un arrêt du 5 thermidor an XII (1), que les demoiselles d'Esterno, qui avaient accepté la succession du sieur Hennequin, leur aïeul, considéré d'abord comme ascendant d'émigré, et dont une partie leur avait été adjugée en l'an V, mais dont elles furent évincées en l'an VIII, par le motif qu'il était décédé inscrit sur la liste des émigrés, ne pouvaient être poursuivies par les créanciers, parce qu'elles n'étaient point appelées à la succession lorsqu'elles avaient accepté.

Ainsi la succession d'un émigré ne peut être valablement acceptée avant son amnistie, parce qu'il n'y a de succession vacante (*a*) que par l'amnistie ou la radiation avant laquelle les parens n'étaient point appelés (2).

Ainsi l'acceptation de la succession faite par un parent plus éloigné n'est pas obligatoire, s'il est ensuite évincé par un parent plus proche.

Mais, si ce parent ne se présente point, ou s'il renonce, l'acceptation ne peut être rétractée sous prétexte que l'acceptant n'était pas appelé, parce que l'héritier qui ne se présente pas est considéré comme s'il n'existait pas, et celui qui renonce, comme s'il n'avait jamais été héritier (785 (*b*)).

317. L'adition d'hérédité entraînant des engagemens, il faut être capable de s'engager pour accepter valablement une succession.

318. Ainsi, les femmes mariées ne peuvent pas valablement accepter une succession, sans l'autorisation de leurs maris ou de la justice, conformément aux dispositions du chapitre 6, au titre du mariage (776).

Si la femme refusait d'accepter une succession qui lui est échue, le mari, qui aurait intérêt qu'elle fût acceptée, pourrait, malgré ce refus, qui ne peut lui préjudicier, accepter la succession à ses risques personnels (3), provoquer, sans le concours de sa femme, le partage définitif des objets meubles ou immeubles qui tombent dans la communauté, et le partage provisionnel des biens qui n'y tombent pas (818).

319. Les créanciers de celui qui ne veut pas accepter, ou qui renonce au préjudice de leurs droits, peuvent se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et

---

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 5 thermidor an XII; Sirey, an XIII, page 33 et suiv. — (*a*) Le mot *vacante* est évidemment inutile. — (2) Arrêt de la Cour de cassation, du 8 février 1810; Sirey, an 1810, page 223. — (*b*) *Sic* Zachariæ, tome 4, § 610; Vazeille, sur l'art 775. n° 4; Belost-Jolimont, sur Chabot, obs. 2 sur l'art. 774. *Secùs* Chabot, sur l'art. 774, n° 6, et sur l'art. 781, n° 5; Delvincourt, tome 2, note 2 de la page 35; Duranton, tome 6, nos 360 et 473. — (3) Pothier, *ubi suprà*, § 2, page 345.

place, après l'avoir fait sommer de prendre qualité, et avoir fait constater son refus (*a*).

Mais, dans ce cas, l'acceptation n'est faite, et la renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers, et jusqu'à concurrence seulement de leurs créances; elle ne l'est point au profit de l'héritier qui a renoncé (788). Ce qui reste après les dettes payées, revient aux héritiers qui auraient concouru avec le renonçant, ou qui succèdent après lui (1).

320. Les mineurs et les interdits, étant incapables de s'engager, ne peuvent valablement accepter une succession. Celles qui leur sont échues ne peuvent être acceptées ni répudiées que par le tuteur ou par le curateur, avec l'autorisation préalable du conseil de famille, et l'acceptation ne doit avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire (461-484-776).

321. Si l'habile à succéder était mort avant d'accepter une succession qui lui était échue, ou de l'avoir répudiée, ses héritiers pourraient l'accepter ou la répudier de son chef (781); car le droit de l'accepter fait partie de sa succession, en vertu de la règle : *le mort saisit le vif.*

Si les héritiers ne sont pas d'accord pour accepter ou pour répudier, l'ancienne jurisprudence n'avait point déterminé le parti qu'il fallait prendre (2). Mais l'art. 782 veut que, dans ce cas, la succession soit prise sous bénéfice d'inventaire.

Ainsi, ceux qui étaient d'avis de répudier demeurent héritiers bénéficiaires malgré eux, sans pouvoir renoncer (3).

322. Hors ce cas, lorsque plusieurs héritiers au même degré sont appelés à une succession, les uns peuvent l'accepter purement et simplement, les autres sous bénéfice d'inventaire. L'héritier pur et simple n'exclut pas l'héritier sous bénéfice d'inventaire (4).

---

(*a*) Ce mode de procéder n'est plus praticable, lorsque l'habile à succéder a renoncé, et que la succession a été appréhendée par les héritiers du degré subséquent. Les créanciers, auxquels la renonciation préjudicie, doivent, dans cette hypothèse, faire prononcer la nullité de la renonciation tant contre le renonçant que contre ses cohéritiers ou contre les héritiers du degré subséquent. *Sic* Duranton, tome 6, n° 518; Zachariæ, tome 4, § 613, note 26. Comp. toutefois Delvincourt, tome 2, note 10, page 33; Chabot, sur l'art. 788, note 3. — (1) *Coutume de Normandie*, art. 278. Le droit romain ne donnait pas le même droit aux créanciers. Leg. 6, § 2. *ff. quæ in fraudem credit.* *V.* Dupérier, tome 1, pages 192 et suiv.; Catelan, lib. 2, chap. 70 — (2) *V.* Pothier, *ubi supra*; le *Nouveau Denisart*, v° Acceptation, § 4, page 219. — (3) Arrêt de la Cour de Rennes, du 19 juin 1811, plaidant Bellamy et Rébillard. Il n'est encore imprimé dans aucun Recueil. — [Il est dans le Journal du Palais à sa date.]— (4) Maleville, sur l'art. 774; Chabot, page 283; le *Nouveau Répertoire*, v° Bénéfice d'inventaire, n° 19, page 691.

323. On peut accepter une succession purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire (774).

L'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne peut être faite que par une déclaration reçue par le greffier du tribunal, et inscrite sur ses registres (793). Nous en parlerons dans la 3e section.

Quant à l'acceptation pure et simple, l'habile à succéder peut faire connaître de deux manières sa volonté de se porter héritier, expressément ou tacitement.

324. L'acceptation est donc expresse ou tacite : elle est expresse, quand on prend le titre ou la qualité d'héritier dans un acte authentique ou privé (778), pourvu que ce soit avec l'intention de s'obliger (a).

L'acceptation est tacite, quand l'*héritier* fait un acte qui suppose *nécessairement* son intention d'accepter, et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier (778) (1).

Il faut développer ces définitions, et tâcher de distinguer les actes qui caractérisent nécessairement la volonté d'accepter, de ceux qui ne sont qu'un indice équivoque de cette volonté.

325. Il peut y avoir du doute sur ce point, lors même que l'habile à succéder a pris par écrit la qualité d'*héritier;* car ce mot, dans notre langue, est aussi souvent employé pour désigner celui qui est habile à recueillir une succession, que pour exprimer celui qui l'a réellement recueillie.

Le titre d'*héritier* n'en imprime donc pas irrévocablement le caractère; il ne constitue l'acceptation que lorsqu'il a été pris par un habile à succéder, dans l'intention d'accepter la succession et de s'obliger aux charges qu'elle impose.

C'est ce qu'on peut discerner par la manière dont il s'est exprimé, par la nature et l'objet de l'écrit dans lequel il s'est qualifié d'héritier. L'art. 778 veut que ce soit un *acte* authentique ou privé, et cet *acte* doit être relatif à la succession.

Par exemple, si j'annonce que je suis héritier de telle personne décédée à Paris, et que je vais m'y rendre pour les affaires de la succession, une pareille lettre ne caractérise point nécessairement la volonté d'accepter; ma détermination peut n'avoir pour objet que de

---

(a) Ainsi il n'y a pas acceptation expresse de la part du successible qui a reçu, sans protestation, un acte dans lequel un tiers lui attribuait la qualité d'héritier; Riom, 13 février 1821; Sirey, 22, 2, 160; Dall., 12, 347; Nancy, 19 mai 1842; Journ. du Palais, tome 1, 1843, page 504; Zachariæ, tome 4, § 611. — (1) Les jurisconsultes romains appelaient l'acceptation expresse, adition, *aditio hæreditatis*, et l'acceptation tacite, *pro hærede gestio* Mais ces expressions sont quelquefois employées l'une pour l'autre, ou bien l'une comme ayant la signification de toutes les deux. *V.* Vinnius, *in Instit. de hæred. qualit.*, § 6.

prendre les renseignemens et les instructions nécessaires pour prendre un parti en connaissance de cause.

Si j'écris à un ami pour lui annoncer la mort d'un parent dont je suis *héritier*, en lui faisant part confidentiellement de mes projets sur la disposition des biens, je ne fais point acte d'héritier; ce n'est point un *acte*, dans le sens du Code, un acte qui puisse m'être opposé.

Mais si l'habile à succéder écrit à un créancier pour lui demander du temps, etc., il fait acte d'héritier; cette lettre peut lui être opposée comme une acceptation expresse (1).

Il y a même des actes authentiques qui ne caractérisent point une acceptation irrévocable.

Celui, par exemple, qui, en qualité d'*héritier* de telle personne, donne une procuration notariée de procéder à la levée des scellés, à l'inventaire et à la vente des meubles, d'en recevoir le prix, de l'employer à payer les dettes privilégiées, etc., ne fait point acte d'héritier pur et simple, pourvu que son mandataire réserve expressément, dans l'inventaire et dans le procès-verbal de vente, la faculté de renoncer à la succession ou de la prendre sous bénéfice d'inventaire (2).

326. Mais la qualité d'héritier prise dans des exploits donnés aux débiteurs de la succession (*a*), à des cohéritiers, etc., des *actes* authentiques ou privés dans lesquels on déclare que l'on accepte la succession, les demandes de partage, etc., constituent une acceptation irrévocable.

327. Quant à l'acceptation tacite qui résulte des actes faits par l'habile à succéder, le Code veut que ces actes supposent *nécessairement* son intention d'accepter, que ce soient des actes qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité (3) d'héritier (778).

Il faut donc l'intention jointe au fait, ou plutôt l'intention manifestée par le fait, pour caractériser l'acceptation tacite; car il y a des faits qui ne manifestent pas l'intention. Par exemple, en disposant d'une chose qu'il ignorait appartenir à la succession, l'habile à succéder ne fait pas acte d'héritier, parce qu'un pareil acte ne renferme pas la volonté d'accepter (4).

Au contraire, il y a des faits qui, quoique dans la réalité étrangers à la succession, manifestent évidemment la volonté de l'accepter;

(1) Chabot, sur l'art. 778. — (2) *V.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 1er août 1809, Sir., an 1810, pages 8 et suiv. — (*a*) Limoges, 19 février 1831; Sir., 33, 2, 319; Dall., 33, 2, 90. — (3) *Pro hærede gerit, qui aliquid facit quasi hæres.* Leg. 20, *ff. de acq. hæred.*, 29, 2 — (4) L. 87, *ibid.*; Pothier, *des Successions*, chap. 5, art. 1, § 1, page 338. —[Comp. Amiens, 11 juin 1814; Sir., 15, 2, 69; Dall., 13, 2, 57; Riom, 18 avril 1825; Sir., 26, 2, 75. Rej. 19 janvier 1826; Sir., 26, 1, 286, *ib.*, 11 janvier 1831; Sir., 31, 1, 67; Dall., 31, 1, 353.]

par exemple, si l'habile à succéder s'empare ou dispose de choses qu'il trouve dans la succession, ignorant qu'elles n'en dépendent pas, il fait acte d'héritier (1) : il suffit qu'il ait cru que les choses dépendaient de la succession, pour que sa volonté de l'accepter ne soit pas équivoque.

C'est ce qui fait dire aux jurisconsultes que l'acceptation consiste plus dans l'intention que dans le fait : *Non tàm esse facti quàm animi* (2).

328. Les faits ou les actes d'où l'on peut induire une acceptation tacite se divisent en deux classes : l'une de ceux qui la supposent *nécessairement*, l'autre de ceux qui peuvent être diversement interprétés suivant les circonstances.

Il faut, à cet égard, distinguer les actes de propriété, des actes d'administration ou de conservation, et des actes préparatoires qui ne tendent qu'à connaître les forces de l'hérédité.

Le temps où ces actes sont faits peut aussi être souvent pris en considération.

On peut dire, en général, que tous les actes de propriété que l'habile à succéder ne peut faire qu'en qualité d'héritier (778), supposent nécessairement son acceptation, car c'est se porter héritier que d'agir en propriétaire : *Pro hærede enim gerere est pro domino gerere : veteres enim hæredes pro dominis appellabant. Instit. de hæred. qualit.*, § 7.

Ainsi, s'il se met en possession des héritages de la succession, s'il les vend, s'il les donne, s'il les hypothèque, s'il les dénature, s'il change la surface du sol, la forme des édifices, s'il va les habiter, s'il vend ou abat des bois, s'il délivre les legs faits par le défunt, etc., il se rend *nécessairement* héritier; car ce sont là des actes de propriétaire qui ne peuvent être faits sans être héritier. Ces actes constituent donc irrévocablement l'acceptation, à quelque époque qu'ils soient faits, et nonobstant toute protestation contraire, qui serait inutile, puisqu'elle serait démentie par les faits (*a*).

C'est par cette raison que l'habile à succéder, même après avoir pris la qualité d'héritier bénéficiaire, est réputé héritier pur et sim-

---

(1) Pothier, *ibid.*— (2) Leg. 20, *ff. de acquir. hæred.*, 29, 1. *Vid.* Finestrès, *de acquir. hæred.*, cap. 1, n° 9. — (*a*) Comp. Bordeaux, 1er décembre 1841. Journal du Palais, tome 1, 1842, page 305; Angers, 6 juin, 1829, Journ. du Palais à sa date.... Nonobstant toute renonciation antérieure. Rej., 13 avril 1815: Sir., 15, 1, 202, Dall., 12, 314: *id.*, 15 juin 1826; Sir., 27, 1, 201; Dall., 24, 1, 327; *id.*, 90 décembre 1841, Journal du Palais, tome 1, 1842, page 32.... Nonobstant la nullité dont les actes se trouveraient frappés. Caen, 16 juillet 1834, Sir., 35, 2, 559, Dalloz, 35, 2, 180, Duranton, tome 6, n° 383; Zachariæ, tome 4, § 611.

ple, s'il vend des immeubles conventionnellement (Code de procédure, art. 988).

Si cette disposition est restreinte à la vente des immeubles, c'est qu'il y a des cas où la vente des meubles ne rend pas héritier; par exemple, s'il existe dans la succession des objets susceptibles de dépérir ou dispendieux à conserver, l'héritier peut, en sa qualité d'habile à succéder, et sans qu'on puisse en induire de sa part une acceptation, se faire autoriser par justice à procéder à la vente de ces effets; mais cette vente doit être faite par un officier public, après les affiches et publications réglées par les lois sur la procédure (796).

Il paraît même que la vente faite, en cas d'urgence, sans l'autorité de la justice, pendant les délais pour délibérer, ne rendrait point l'habile à succéder héritier pur et simple, pourvu qu'au plus tard, à l'expiration des délais (1), et en faisant sa déclaration de répudier la succession ou de la prendre sous bénéfice d'inventaire, il s'obligeât de rendre compte du prix des choses qu'il a été forcé de vendre.

Si l'habile à succéder fait acte d'héritier, en disposant de quelques effets particuliers de la succession, à plus forte raison la donation, vente ou transport que fait de ses droits successifs un des cohéritiers, soit à un étranger, soit à tous ses cohéritiers, soit à quelques-uns d'entre eux, emporte de sa part acceptation de la succession.

Il en est de même,

1° De la renonciation même gratuite que fait un des héritiers au profit d'un ou plusieurs de ses cohéritiers;

2° De la renonciation qu'il fait au profit de tous ses cohéritiers indistinctement, lorsqu'il reçoit le prix de sa renonciation (780).

Ces points, sur lesquels on avait élevé des doutes dans l'ancienne jurisprudence (2), sont désormais irrévocablement fixés par le Code.

329. Hors les cas où l'urgence nécessite la vente des effets pour en empêcher la perte ou le dépérissement, la disposition du moindre effet mobilier d'une succession suffit pour rendre l'habile à succéder irrévocablement héritier, suivant une ancienne règle du droit français : *Qui prend des biens de succession jusqu'à la valeur de cinq sous, fait acte d'héritier* (3).

330. Cette règle s'applique au cas même où l'habile à succéder prendrait dans la succession une somme ou une chose qui lui serait due par le défunt, ou que ce dernier lui aurait léguée; car les qualités

(1) Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 4, page 16. — (2) *V.* Pothier, *des Success.*, page 311; le *Nouveau Denisart*, v° Adition d'hérédité, p. 221, n° 6. — (3) Loisel. *Institutes coutumières*, liv. 2, tit. 5, reg. 3. et *ibi* Delaurière, *Paris*, art. 317: *Orléans*, art. 336. — [Bourges, 23 janvier 1828: Sir., 29, 2, 266; Dall., 27, 2, 142. Comp. Limoges 19 février 1831; Sir., 33, 2, 349; Dall., 33, 2, 90.]

de créancier ou de légataire ne lui donnaient pas le droit de prendre ces choses, mais seulement de les demander aux héritiers, et de se les faire délivrer par eux ou par la justice.

La qualité d'héritier lui donnait seule le droit de s'en mettre en possession de son autorité privée.

En le faisant, il a donc fait un acte qu'il n'avait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier (778) : il a tacitement accepté la succession (1).

Il en serait autrement s'il avait légalement disposé d'une chose sous une autre qualité que celle d'héritier; par exemple, en qualité d'exécuteur testamentaire.

331. Les actes d'administration faits par l'habile à succéder, font aussi présumer son acceptation. S'il loue ou afferme les biens, s'il renouvelle les baux (2), s'il répare les biens sans nécessité, s'il paie les créanciers (3), s'il perçoit les revenus ou les crédits, etc., il fait acte d'héritier.

Mais, comme ces actes peuvent avoir un autre motif que celui de se rendre héritier, comme ils pourraient être faits par un *negotiorum gestor* étranger, ils ne supposent pas *nécessairement* l'intention d'accepter, comme les actes de propriété. L'habile à succéder qui se croit obligé de les faire par nécessité, ou pour l'utilité de la succession seulement, et sans vouloir encore prendre un parti, peut donc manifester une volonté contraire par des réserves ou des protestations. Leg. 20, § 1, *de acquir. hæred.* (*a*).

Il en est de même, à plus forte raison, des actes purement conservatoires, de surveillance et d'administration provisoire. Ce ne sont pas des actes d'adition d'hérédité, si l'on n'y a pas pris le titre ou la qualité d'héritier (779), ou même si l'on a déterminé le sens de cette dénomination équivoque, par des réserves et des protestations de prendre qualité dans les délais de la loi.

Si, pendant ces délais, l'habile à succéder avait réglé les comptes des fermiers ou débiteurs, reçu les sommes qu'ils devaient, fait protester des lettres de change, interrompu des prescriptions; s'il avait payé, même de ses deniers, des dettes de préférence ou incontestables, pour éviter des frais, payé d'autres dettes, en se faisant subro-

(1) *Paris*, art. 317; Pothier et Delaurière. *ubi suprà*.—[Chabot, sur l'art. 778, n° 16; Zachariæ, t. 4, § 611, note 30. Comp. toutefois Duranton, t. 6, n° 401.] —(2) *Instit.*, § 7, *de hæred. qualit.* — [Comp. à l'égard des baux ce que dit l'auteur au § 4 ci-après. *V.* aussi Duranton, tome 6, n° 404; Chabot, sur l'art. 778, n° 14. Cass. 27 juin 1837; Sir., 37, 1, 579; Dall., 37, 1, 451; Journ. du Palais, tome 2, 1837, page 9.] — (3) Leg. 2, *Cod. de jur. delib.*, 6, 30: loi 8, *Cod. de inoffic. testam.*, 3, 28. — (*a*) Comp. Duranton, tome 6, n° 402; Chabot, sur l'art. 778, n° 20; Zachariæ, tome 4, § 611.

ger dans les droits des créanciers, où en faisant exprimer ses motifs dans les quittances; s'il avait affermé une terre ou une maison qui allaient se trouver sans fermiers; s'il s'était emparé des clefs de la maison du défunt, ou s'il l'avait habitée pour la garder; s'il avait fait des réparations urgentes, etc. (*a*), de pareils actes et autres semblables ne le rendraient pas héritier, s'il avait eu soin d'exprimer clairement une volonté contraire par des protestations. Il est même de la prudence de se faire autoriser de justice, s'il est possible.

332. Car il faut tenir pour principe que, dans le doute, l'habile à succéder qui fait des actes d'administration, est censé les faire pour son intérêt propre et en qualité d'héritier (1). C'est à lui de prouver qu'il les a faits par un autre motif ou dans une autre qualité.

333. Il y a cependant des actes d'où l'on ne peut induire aucune présomption d'acceptation.

On n'est pas censé faire acte d'héritier, quand on remplit quelque devoir de piété ou d'humanité envers ses parens.

Ce n'est donc point faire acte d'héritier que de prendre soin de la sépulture et de payer les frais funéraires de ses parens, même éloignés, même sans protestation (2).

Ce n'est point encore faire acte d'héritier que de poursuivre la vengeance du meurtre de son parent, et de recevoir la réparation civile en laquelle le coupable aurait été condamné. Il n'en peut résulter la moindre présomption d'adition d'hérédité, puisque l'héritier, même renonçant, peut poursuivre cette réparation. Les créanciers ne peuvent rien prétendre sur les sommes qui en proviennent : ce ne sont pas des effets de la succession (3).

334. L'effet de l'acceptation pure et simple, soit expresse, soit tacite, est de soumettre irrévocablement l'héritier à tous les engagemens qui en sont les suites : s'il acquiert tous les droits du défunt, il est soumis à toutes ses obligations.

Il devient personnellement obligé envers tous les créanciers de la

(*a*) S'il avait acquitté de ses deniers les droits de mutation; Zachariæ, tome 4, § 611, Grenoble, 6 août 1826; Sir., 27, 2, 171; Lyon, 17 juillet 1829; Sir., 29, 2, 302; Dall., 27, 2, 163; Toulouse, 7 juin 1830: Sir., 31, 2, 66; Dall., 31, 2, 75; Limoges, 19 février 1831; Sir., 33, 2, 349; Dall. 33, 2, 90; Paris, 5 juillet 1836; Sir., 36, 2, 477; Nancy, 19 mai 1842, Journ. du Palais, tome 1, 1843, page 504. *Secùs* Caen, 17 janvier 1824; Sir., 25, 2, 22; Dall., 23, 2, 6;.... s'il avait récolté des fruits parvenus à leur maturité. Rej. 1er février 1843; Journal du Palais, t. 1, 1843, p. 681.—(1) Finestrès. *Comment. de acquir. hæred.*. cap. 3, nis 13 et seq. —(2) *V.* Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 4, page 15; le *Nouveau Denisart*, vo Adition d'hérédité, page 224, no 6. — [*V.* Agen, 21 novembre 1842, Journ. du Palais, tome 1, 1843, page 748. Comp. aussi Bordeaux, 16 janvier 1839; Journ. du Palais, tome 1, 1839, page 382.] — (3) Duparc-Poullain, page 17 : Lebrun, *des Successions*, liv. 4, chap. 2, sect. 4, no 43; le *Répertoire*, vo Réparations civiles, § 6; le *Nouveau Denisart, ubi suprà*.

succession, comme s'il avait contracté avec eux, *Is qui miscuit se (hæreditati) contrahere videtur.* Leg. 4, *quibus ex caus. in poss. eatur.* Il est obligé de payer les dettes et charges, même au-delà de la valeur des biens, sans pouvoir les abandonner pour s'en dispenser (1). L'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession (777).

En vertu de la règle *le mort saisit le vif* (*a*), l'héritier recueille non-seulement la portion à laquelle il était appelé de son chef, mais celles qui accroissent à cette portion par la renonciation de ses cohéritiers, qui sont censés ne l'avoir jamais été (785—786).

335. Le majeur ne peut attaquer l'acceptation expresse ou tacite qu'il a faite d'une succession, que dans le cas où cette acceptation aurait été la suite d'un dol pratiqué envers lui (783), ou d'une violence bien prouvée (2); car, en ce cas, il n'y a pas eu de consentement valable d'accepter (1109-1111).

Il ne peut jamais réclamer, sous prétexte de lésion, excepté seulement dans le cas où la succession se trouverait absorbée ou diminuée de plus de moitié, par la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation (783), qui est alors présumée avoir eu pour cause l'ignorance de ce fait important.

Le mineur, au contraire, peut être restitué en prouvant qu'il a été lésé (*b*).

336. Mais, à la différence de la part de l'héritier renonçant qui accroît malgré eux aux cohéritiers qui ont accepté, celle du cohéritier qui s'est fait restituer contre son acceptation, n'accroît point aux autres : ils peuvent l'abandonner aux créanciers de la succession, pour éviter le surcroît des charges qui seraient la suite de cet accroissement (3).

---

(1) Leg. 6, *de acquir. hæred.*, 29, 2; *Instit.*; § 5, *de hæred. qualit. et diff.* — (*a*) Ou plutôt comme appelé éventuellement à toute l'hérédité. — (2) Leg 85, *ff. de acquir. hæred.* 29, 2. — [Peu importe que l'auteur du dol soit un cohéritier, un créancier de l'hérédité, ou un tiers dépourvu de tout intérêt à l'acceptation. L'art. 1116 s'applique aux conventions et non aux actes unilatéraux, tels qu'une acceptation d'hérédité; Zachariæ, tome 4, § 611, texte et note 47; Duranton, tome 6, nos 454 et 455; Belost-Jolimont, sur Chabot, obs. 3 sur l'art. 783. Comp. Rej. 5 décembre 1838; Sir., 38, 1, 945; Dall., 39, 1, 40; Journal du Palais, tome 2, 1838, page 617. *V.* toutefois Chabot, sur l'art. 783, no 5; Delvincourt, tome 2, note 9 de la page 24. — (*b*) La preuve de la lésion n'est même pas nécessaire, si l'acceptation a eu lieu autrement que sous bénéfice d'inventaire. Le mineur peut la faire annuler à raison de la violation des articles 461 et 786. J'examinerai sous les nos 576 et suiv. du tome 7 s'il peut être restitué contre l'acceptation qu'il aurait faite sous bénéfice d'inventaire. Comp. en sens divers Bordeaux, 17 février 1826; Sir., 26, 2, 316; Dall., 24, 2, 240. Rej. 5 décembre 1838; Sir., 38, 1 945; Dall, 39, 1, 40; Journ. du Palais, tome 2, 1838, page 617; Toulouse, 29 mars 1832; Sir., 32, 2, 352 — (3) Leg. 61;

## SECTION II.

*De la renonciation aux successions*

SOMMAIRE.

337. L'habile à succéder qui n'a pas renoncé peut être poursuivi par les créanciers.
338. Où et comment doit être faite la renonciation.
339. Si l'on peut renoncer tacitement ou sous condition.
340. On ne peut renoncer avant l'ouverture de la succession, ni avant d'y être appelé, ni avant la condition.
341. Renonciation des femmes, des mineurs, etc., des maris malgré leurs femmes.
342. Le renonçant est censé n'avoir jamais été héritier. Ses enfans peuvent succéder de leur chef.
343. Comment se fait la dévolution.
344. La qualité d'héritier est-elle indivisible? Le jugement rendu en qualité d'héritier contre l'habile à succéder, le rend-il héritier envers tous les créanciers?
345. Les parens du degré subséquent ne peuvent le contraindre à prendre qualité.
346. Le renonçant peut encore se porter héritier, si la succession n'a pas été acceptée par d'autres héritiers.
347. Il ne le peut, après l'envoi en possession des héritiers irréguliers.
348. Les créanciers de l'héritier peuvent attaquer la renonciation faite en fraude de leurs droits, après discussion préalable de leur débiteur.
349. Des créanciers postérieurs à la renonciation ne le peuvent.
350. La renonciation ne peut être attaquée pour cause de recélé.
351. Quand on peut être restitué contre la renonciation
351 *bis*. La faculté d'accepter ou de répudier se prescrit par trente ans.

337. Celui que la loi appelle à une succession étant saisi de droit, suivant l'art. 724, est héritier jusqu'à ce qu'il ait manifesté son intention de ne vouloir pas l'être. La renonciation à une succession ne se présume pas (784). Ainsi, après le délai de trois mois pour faire inventaire, et quarante jours accordés pour délibérer (795), l'héritier présomptif peut être poursuivi par les créanciers, et condamné en qualité d'héritier.

S'il renonce, pour éviter cette condamnation, il n'en doit pas moins être personnellement condamné aux dépens, à moins qu'il ne prouve

---

leg. 98, *ff. de acquir. hæred.*, 29, 2; Lebrun, *des Successions*, livre 4, chapitre 2, section n° 62, et son annotateur; Pothier, *des Successions*, page 336. — [Cette décision est difficile à admettre : elle est en effet inconciliable avec le principe de l'indivisibilité du droit héréditaire. Les limitations que les L. 61 et 98, *ff. de acq. hæred*, apportaient à ce principe n'ont pas été reproduites par le Code, et quelque raisonnables qu'elles soient il n'est guère possible de les suppléer. Tout au plus pourrait-on dire, en pareil cas, que la révocation de l'acceptation de l'un des héritiers doit autoriser l'autre cohéritier à renoncer à la succession. Encore cette opinion est-elle fort douteuse. Comp. en sens divers Duranton, tome 6, n° 464; Delvincourt, tome 2, note 9 de la page 29; Chabot, sur l'art. 789, n° 9; Zachariæ, tome 4, § 609, note 17, et § 611, n° 52.

qu'il avait ignoré l'ouverture de la succession (799) (*a*). Il ne serait pas reçu à déclarer qu'il veut s'abstenir (1); il doit choisir entre trois partis : accepter purement et simplement, sous bénéfice d'inventaire, ou renoncer.

338. Sa renonciation doit avertir les créanciers qu'ils n'ont plus d'action à exercer contre lui, et les parens plus éloignés, que la succession leur est dévolue : la renonciation doit donc être publique. Elle ne peut plus être faite, suivant le Code, qu'au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte, sur un registre particulier tenu à cet effet (art. 784 du Code civil et 997 du Code de procédure).

L'habile à succéder se présente au greffe, déclare qu'il renonce, fait insérer cette déclaration sur le registre, et la signe avec le greffier. S'il ne sait pas signer, le greffier en fait mention.

Si la renonciation se fait par un fondé de pouvoirs, la procuration demeure annexée au registre. La renonciation faite, même authentiquement, ailleurs qu'au tribunal, ne serait pas valable, et ne pourrait être opposée ni à celui qui l'aurait faite, ni aux créanciers de la succession qui auraient agi contre lui (*b*).

339. En général, on ne peut renoncer tacitement à une succession.

Cependant, il y a exception à ce principe dans le cas où l'héritier, poursuivi pour consentir au rapport des choses qu'il a reçues du défunt, ou renoncer à la succession pour s'en tenir à son don, laisse écouler le délai que lui avait fixé le juge pour prendre son parti. Son silence, en ce cas, équivaut à une renonciation (*c*).

Il serait même censé avoir renoncé, s'il n'avait accepté dans le délai fixé que sous une condition dont l'événement serait incertain (2).

---

(*a*) Ou que les délais étaient insuffisans, soit à raison de la situation des biens, soit à raison des contestations survenues. *V.* Colmar, 21 décembre 1830; Sir., 32, 2, 62; Dall., 31, 2, 190. Poitiers, 7 janvier 1831 Journ. du Palais à sa date; Bordeaux, 6 août 1833; Sir., 34, 2, 47. Comp. Lyon, 21 mai 1831; Sirey, 32, 2, 197; Dalloz, 34, 2, 194. — (1) *Vid. suprà*, page 96, n° 85.— (*b*) *Sic* Favard, *Répertoire*, v° Renonciation, § 1, n° 3. Poitiers, 28 juin 1839; Dev. 40, 2, 78; Dall., 40, 2, 131. Mais la renonciation en cette forme est-elle exigée même entre successibles? *V.* pour la négative Rej. 11 août 1825; Sirey, 26, 1, 9; Zachariæ, tome 4, § 613. — (*c*) J'ai peine à admettre cette opinion. L'héritier donataire qui est saisi de la succession doit être présumé acceptant, tant qu'il n'a pas manifesté une volonté contraire. Par conséquent, si après l'expiration des délais pour faire inventaire et délibérer, il est assigné en partage par ses cohéritiers et qu'il garde le silence, je pense que le partage devra avoir lieu comme s'il avait accepté. Toutefois, s'il venait à renoncer avant que le partage fût devenu définitif et qu'il fallût procéder à nouveau, il devrait supporter tous les frais que sa renonciation tardive aurait nécessités. Comp. Lyon, 21 mai 1831, Sir., 32, 2, 197; Dall., 34, 2, 194. — (2) Merlin, *Nouveau Répertoire* v° Renonciation à une succession échue, et l'arrêt de la Cour de cassa-

D'où l'on peut poser en principe qu'on ne peut ni accepter ni répudier une succession sous condition (1); car ce serait mettre une condition aux droits des tiers.

340. Il faut qu'une succession soit ouverte pour y renoncer valablement.

On ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession (art. 791).

Les parens d'un degré ultérieur ne peuvent valablement répudier une succession, avant que ceux qui les précèdent l'aient eux-mêmes répudiée, parce qu'auparavant ils ne sont point appelés (2). C'est une conséquence du principe qu'on ne peut renoncer à ce qu'on ne pourrait pas accepter, si l'on en avait la volonté : *Quod quis, si velit, habere non potest, repudiare non potest.* Leg. 174, § 1, *ff. de R. J.* (3).

Ainsi, l'héritier institué sous une condition ne peut renoncer avant l'événement de la condition, si ce n'est par une convention faite avec les héritiers légitimes. Il en est de même du légataire (4).

341. Les femmes, les mineurs, les interdits et les personnes soumises à un conseil judiciaire, ne peuvent renoncer que suivant les formes particulières prescrites à leur égard (*a*).

Le mari étant le maître des droits mobiliers de son épouse, peut renoncer sans elle à une succession qui lui est échue, lorsqu'elle ne consiste qu'en mobilier ou autres biens tombant dans la communauté (*b*). Mais s'il y a des immeubles qui n'entrent pas en communauté, il n'y peut renoncer sans le consentement de sa femme.

342. L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier (785).

La renonciation, comme l'acceptation, remonte au moment de

---

tion, du 3 mars ou plutôt 3 août 1808 qu'il y rapporte. — [Je crois au contraire que l'héritier saisi qui a accepté conditionnellement est censé n'avoir manifesté aucune volonté; que par conséquent il doit être présumé acceptant, jusqu'à ce qu'il ait déclaré d'une manière positive l'intention de ne pas rester héritier *V.* la note qui précède.]

(1) Leg. 77, *ff. de R. J.* — [*V.* L'arrêt cité à la note précédente.] — (2) Pothier, *des Successions*, page 413; le *Nouveau Répertoire de jurisprudence*, vo Renonciation à une succession, no 2, page 32. — (3) *V.* le *Nouveau Répertoire*, vo Renonciation, § 2, page 21. — (4) *V. ibid.* les lois citées, et Broncborst, *in leg.* 174, § 1, *ff. de R. J.*; Furgole, *des Testamens*, chap. 7, sect. 4, nos 16 et 38, et sect. 5; leg. 9, 51, *in fine*, § *ult.* et leg. 10, *ad senat. Trebell.*, 36, 1. — (*a*) Si ces formalités n'ont pas été observées, ils peuvent demander la nullité de leur renonciation. Grenoble, 6 décembre 1842; Sir., 43, 2, 290; Journ. du Palais, tome 2, 1843, page 670. Mais dans quel délai? *V.* tome 7, n° 617. — (*b*) Cette renonciation ne saurait préjudicier au droit qui compète à la femme d'accepter la succession en se faisant autoriser par la justice (*V.* art. 1413)

l'ouverture de la succession. La part du renonçant accroît à ses cohéritiers (786). S'il est seul, ou si tous les cohéritiers renoncent, la succession est dévolue au degré subséquent. Les enfans des renonçans peuvent alors succéder, mais de leur chef et par têtes; car on ne vient jamais par représentation d'un héritier qui a renoncé (787); il consomme son droit en y renonçant, et le représentant ne peut prétendre d'autres droits que ceux du représenté (739).

343. L'accroissement ou la dévolution qui s'opère par la renonciation se fait, suivant les règles ci-devant établies, d'abord aux héritiers de la même ligne : ce n'est qu'à défaut de parens au degré successible dans une ligne, que la dévolution se fait aux parens de l'autre ligne. Les cohéritiers du renonçant ne peuvent refuser la part qu'il délaisse, pour s'en tenir aux portions qui leur sont personnellement échues (1).

344. La faculté d'accepter ou de répudier une succession se prescrit par le laps de trente ans; mais l'habile à succéder n'est pas toujours libre de rester dans l'inaction pendant ce long délai. Après les trois mois et quarante jours que la loi lui accorde pour délibérer, les créanciers peuvent le poursuivre et le faire condamner comme héritier pur et simple. S'il existe contre lui un jugement passé en force de chose jugée, qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple, il n'est plus recevable à renoncer (800).

Mais ce jugement le rend-il irrévocablement héritier, même à l'égard de ceux qui n'étaient point parties au jugement (2)?

---

(1) *V.* dans la 5e éd. du *Traité des Succ.*, les détails que donne M. Chabot sur la manière dont s'opère la dévolution, tome 2, p. 526 et suiv., et un arrêt rendu par la Cour royale de Paris, le 1er juillet 1811, rapporté par Sirey, an 1811, 2e part., p. 398 et suiv.—(2) C'était autrefois une question douteuse; est-elle aujourd'hui décidée par le Code? La commission avait proposé un article qui portait que celui contre lequel un créancier de la succession a obtenu un jugement passé en force de chose jugée, qui le condamne comme héritier, n'est réputé héritier, en vertu de ce jugement, qu'à l'égard seulement du créancier qui l'a obtenu; mais cet article fut retranché après une discussion approfondie. *V.* le *Procès-Verbal des confér.*, séance du 9 niv. an XI, p. 269 et suiv. On y a substitué l'art. 800, qui ne permet plus à l'héritier de prendre la succession sous bénéfice d'inventaire, lorsqu'il existe contre lui un jugement passé en force de chose jugée, qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple. Cet article ne borne pas cette qualité à l'égard seulement du créancier qui a obtenu le jugement; mais aussi il ne déroge pas assez clairement à la règle générale établie par l'art. 1351, que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'en faveur de la partie qui a obtenu le jugement. On peut, sans rien changer aux termes de l'art. 800, soumettre le cas qu'il a prévu à la règle générale, et l'art. 1351 n'énonce point d'exception pour ce cas : la question reste donc encore douteuse. *V.* le *Commentaire* de M. Chabot, sur l'art. 800, no 3, tome 2, pages 602 et suiv. 5e édition. Il abandonne l'opinion qu'il avait embrassée dans la 1re édition. — [*V* tome 10, nos 225 et suiv., et dans le sens de l'auteur, Duranton, t. 7, no 25; Delvincourt, tome 2, note 7 de la page 32; Pigeau, procédure civile, tome 1,

345. Les cohéritiers de l'habile à succéder peuvent aussi le forcer à s'expliquer, en formant contre lui l'action de partage.

Quant aux parens plus éloignés, à qui la succession serait dévolue par la renonciation de l'héritier présomptif appelé en premier ordre, le Code ne leur donne point d'action pour le contraindre à prendre qualité. S'il laissait défaut sur une pareille demande, les tribunaux ne pourraient, sans excès de pouvoirs, le condamner à s'expliquer sous peine d'être déchu de la faculté d'accepter. Mais, après l'expiration des délais accordés à l'héritier présomptif pour se présenter, les parens du degré subséquent peuvent se mettre en possession des biens en se portant héritiers, sauf au parent plus proche, qui s'est abstenu, à former la pétition d'hérédité dans les trente ans de l'ouverture de la succession (*a*).

346. L'acceptation d'une succession est irrévocable, parce qu'en acceptant, l'héritier devient personnellement obligé envers tous les créanciers; il contracte des engagemens qu'il n'est plus libre de rompre. Mais ceux qui renoncent à une succession ne contractent d'engagement envers personne.

Ainsi, tant que la prescription n'est pas acquise contre eux, ils ont la faculté d'accepter encore la succession, sans préjudice des droits qui peuvent être acquis à des tiers, sur les biens de la succession, soit par prescription, soit par des actes valablement faits avec le curateur à la succession vacante (790).

Mais cette faculté ne leur est accordée que dans le cas où la succession n'a pas été acceptée par *d'autres héritiers*, soit du même degré, soit du degré subséquent (790) (*b*).

347. Ce qui fait naître la question de savoir si l'habile à succéder peut révoquer sa renonciation après que les enfans naturels, le conjoint survivant, ou l'état, ont été légalement envoyés en possession.

La raison de douter est que l'art. 790 ne parle que des *héritiers*, et que l'art. 756 refuse ce titre aux enfans naturels; mais le Code leur donne celui d'*héritiers irréguliers*, ainsi qu'au conjoint survivant et à l'État, en réglant leurs droits sous la dénomination de *successions irrégulières*.

---

page 169; les annotateurs de Zachariæ, tome 4, § 612, notes 24 et 613, note 48. Montpellier, 1er juillet 1828; Sir., 29, 2, 118; Dall., 27, 2, 170. Toulouse, 25 juillet 1828; Sir., 29, 2, 293; Dall., 27, 2, 86. Paris, 18 juin 1840, Journ. du Palais, tome 2, 1840, page 97. *Secùs* Maleville, tome 2, pages 261 à 265; Merlin, *Répert.*, v° Succession, sect. 1, § 5. n° 4, et *Quest.*, v° Héritier, § 8; Vazeille, sur l'art. 800, n° 2. *V.* aussi la Dissertation de M. Valette, dans la Revue étrangère, tome 9, pages 257 et suiv.]

(*a*) Ou plutôt dans les trente ans de la prise de possession des biens héréditaires. — (*b*) Même sous bénéfice d'inventaire. Rej. 19 mai 1835, Sir., 35 1, 719; Dall., 35, 1, 304.

Nous pensons donc, avec M. Maleville (1), que l'héritier qui a renoncé ne peut révoquer sa renonciation pour accepter la succession, que lorsqu'elle est demeurée vacante, et qu'il ne le peut plus lorsqu'elle se trouve légalement occupée par des héritiers irréguliers.

Cette opinion nous paraît conforme à l'équité naturelle : il n'est pas juste de laisser exposés à une recherche de trente années ceux qui n'ont demandé et obtenu la possession des biens que sur la foi de la renonciation de celui qui veut ensuite se jouer de sa parole.

Il en serait de même si, sur la renonciation de l'héritier en faveur de qui la loi fait une réserve, le légataire universel ou héritier institué avait été mis en possession de tous les biens de la succession. L'héritier du sang ne pourrait plus venir réclamer sa réserve (*a*).

348. Les créanciers antérieurs à la renonciation de celui qui renonce au préjudice de leurs droits, peuvent se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place (*b*).

Dans ce cas, la renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers, et jusqu'à concurrence seulement de leurs créances; elle ne l'est pas au profit de l'héritier qui a renoncé (783).

Si, après les créanciers payés, il reste de l'excédant, les autres héritiers en profitent seuls (2). C'est donc improprement qu'on dit que les créanciers sont autorisés à accepter la succession du chef de leur débiteur.

Dans la réalité, ils ne sont point héritiers; ils ne sont point personnellement obligés aux dettes; ils ne viennent que pour être payés de ce qui leur est dû sur la portion qu'aurait eue leur débiteur. Ainsi, ils doivent être appelés à toutes les opérations de la liquidation et du partage, pour veiller à leurs intérêts; ils peuvent même provoquer ces opérations.

C'est en ce sens qu'on dit qu'ils peuvent accepter la succession du chef de leur débiteur; mais ils doivent constater son insolvabilité, en discutant préalablement ses biens; car, s'il était solvable, la renonciation ne serait pas faite au préjudice de leurs droits (*c*).

---

(1) Sur l'art. 811, p. 287. — [*V.* aussi Chabot, sur l'art. 790, no 4; Delvincourt, t. 2, note 13 de la p. 33; Zachariæ, tome 4, § 613. Comp. toutefois Duranton, t. 6, n° 507, 7°; Paris, 25 juillet 1826; Sir., 27, 2, 104; Dall., 25, 2, 183.] — (*a*) *Sic* Zachariæ, tome 4, § 613; Montpellier, 28 mai 1831; Sir., 31, 2, 219. — (*b*) Mais est-il nécessaire que la renonciation ait été accompagnée d'une intention frauduleuse de la part de l'héritier? *V.* tome 6, n° 371, et mes observations. — (2) *Coutume de Normandie*, art. 278, et *ibi* Basnage; Lebrun, des *Successions*, liv. 3, sect. 2, no 27; Pothier, des *Successions*, page 351. — (*c*) *Sic* Zachariæ, tome 4, § 613; Bourges, 19 décembre 1821; Sir., 24, 2, 8.

349. Les héritiers qui ont accepté pourraient empêcher l'acceptation des créanciers du renonçant en les payant (1).

Il faut aussi remarquer que les créanciers du renonçant, postérieurs à sa renonciation, n'ont pas le droit d'accepter du chef de leur débiteur; ce droit est réservé aux créanciers antérieurs (*voy.* Basnage sur la *Coutume de Normandie*, art. 278) (*a*).

350. La renonciation peut encore être attaquée dans le cas du recélé. Les héritiers qui *auraient diverti ou recélé* les effets d'une succession, *sont déchus* de la faculté d'y renoncer; ils demeurent héritiers purs et simples, nonobstant leur renonciation, sans pouvoir prendre aucune part dans les objets divertis ou recélés (792).

On peut remarquer que cet article suppose que le recélé est antérieur à la renonciation, parce que c'est le cas le plus ordinaire

L'ancienne jurisprudence, conforme au droit romain, distinguait entre le recélé antérieur et le recélé postérieur à la renonciation.

La règle générale était que ce qui serait acte d'héritier avant la renonciation, est un véritable larcin après qu'on a renoncé (2).

Aujourd'hui, que celui qui a renoncé peut encore se porter héritier, si la succession n'a pas été acceptée, il n'est pas douteux qu'il ferait acte d'héritier en s'emparant d'effets qu'il recélerait avant l'acceptation des autres héritiers.

Si le recélé était postérieur à leur acceptation, ce serait le cas où, suivant l'ancienne jurisprudence, il fallait former l'action de larcin contre le renonçant. Cependant, dans ce cas-là même, on admettait par exception qu'il devait être déclaré héritier pur et simple, s'il n'avait renoncé que pour s'emparer impunément des biens de la succession (3).

---

(1) Auraient-ils alors recours contre l'héritier renonçant? L'auraient-ils dans le cas où les créanciers auraient été payés sur les biens qui, par la renonciation, appartenaient, par droit d'accroissement, aux héritiers qui ont accepté? Oui, sans doute, puisque leur débiteur n'avait plus de droits. — [*Sic* Zachariæ, tome 4, § 613; Duranton, tome 6, n° 520 *bis*. Comp. toutefois Proudhon, *Traité de l'usufruit*, tome 5, n°s 2,410 et 2,411.] — (*a*) *Sic* Chabot, sur l'art. 788, n° 5; Duranton, t. 6, n° 512; Zachar., t. 4, § 613; Delvinc., t. 2, note 8 de la page 33. — (2) *V.* Domat, liv. 1, tit. 3, sect. 1, n° 12; Lebrun, liv. 3, chap. 8, sect. 2, n° 60; Delaurière, sur Loisel, liv. 2, tit. 1, reg. 3. — (3) *Si facta in fraudem renunciatio probaretur ut res hæreditariæ interverterentur.* D'Argentré, *in art.* 415, *glos.* 3; Lebrun, *ubi suprà;* Duparc-Poullain, tome 5, page 223, n° 280. — [J'ai peine à croire que cette jurisprudence doive être suivie sous l'empire du Code. Le détournement ou le recel commis par le renonçant après sa renonciation et l'acceptation des autres héritiers me paraît constituer une soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Il ne peut donc être considéré comme un fait d'immixtion et par suite emporter déchéance de la renonciation: Delvincourt, tome 2, note 4 de la page 35; Zachariæ, tome 4, § 613, note 41; Duranton, tome 6, n° 483; Chabot, sur l'art. 792, n° 4.

Mais les autres héritiers, au lieu de faire déclarer le renonçant héritier pur et simple, peuvent se borner à lui faire restituer les effets divertis ou recélés.

351. Le majeur ne peut révoquer sa renonciation pas plus que son acceptation, sous prétexte de lésion. Quand même il alléguerait qu'il ne connaissait pas, et même qu'il ne pouvait connaître les forces de la succession au moment où il a renoncé, par exemple, parce que depuis sa renonciation, on a découvert qu'il était échu au défunt, avant sa mort, une succession opulente; il doit se reprocher de n'avoir pas excepté sous bénéfice d'inventaire.

Mais s'il avait été trompé par un fait apparent, dont la fausseté s'est découverte depuis sa renonciation, il pourrait la révoquer, comme fondée sur une erreur de fait; par exemple, s'il avait paru un testament qui eût absorbé ou extrêmement diminué la succession, et dont la fausseté ou la révocation a depuis été découverte. On pensait, dans l'ancienne jurisprudence, que, dans ce cas, l'habile à succéder pouvait rétracter sa renonciation, et cette opinion était fondée sur la loi 4, *ff. de juris et facti ignor.* (voy. Lebrun, liv. 3, chap. 8. sect. 2, n° 42).

Cette décision doit être suivie sous l'empire du Code, par argument de l'art. 783, si le testament dont on a découvert la fausseté ou la révocation eût absorbé la succession, ou l'eût diminuée de plus de moitié (*a*).

Il en serait autrement si le testament, au lieu d'être faux ou révoqué, avait été, depuis la renonciation, annulé pour vices de forme ou autre moyen de nullité; car la renonciation à une succession ne peut être rétractée, sous prétexte qu'une erreur de droit en a été la cause. Leg. 3, *Cod. de juris et facti ignor.* Merlin, *Nouveau Répertoire*, v° Choix, § 1, page 310.

Au contraire, l'héritier qui, par erreur de droit, a consenti à admettre au partage une personne qui n'est point appelée à la succession, ou même qui a formé contre elle une demande de partage, peut rétracter son consentement ou sa demande, parce qu'il n'y a point de consentement valable, s'il n'a été donné que par erreur (1109) et parce qu'en agissant contre un homme que l'on croit son cohéritier,

(*a*) Je ne peux partager cette opinion. La disposition finale de l'art. 783 est exceptionnelle de sa nature et par conséquent ne peut être étendue d'un cas à un autre. D'ailleurs, comme le font observer MM. Aubry et Rau, sur Zachariæ, tome 4, § 613, n° 23, il n'y a pas identité de position entre l'acceptant et le renonçant. L'acceptant qui demande à revenir contre son acceptation *certat de damno vitando*. Le renonçant qui sollicite la rétractation de sa renonciation *certat de lucro captando*. *V.* en ce sens Chabot, sur l'art. 784 6°; Favard, *Répert.*, v° Renonciation, § 1, n° 19. *V.* toutefois Delvincourt, tome 2, note 7 de la page 33.

on ne fait que lui supposer une qualité qu'il n'a pas (*voy.* Merlin, *ubi suprà*, pag. 311, et ce que nous disons sur l'erreur de droit, dans le tit. 3, chap. 2, sect. 1).

L'héritier peut encore être restitué contre la renonciation qu'il avait faite, pour s'en tenir au don contenu dans un testament qui, depuis, a été annulé (Lebrun, *ubi suprà*, page 57) (*a*).

Il peut encore être restitué, si la renonciation avait été la suite d'un dol pratiqué envers lui par les autres héritiers, dont les manœuvres ont été telles, qu'il soit évident que, sans ces manœuvres, la renonciation n'eût pas eu lieu (783—1116. Lebrun, *ubi suprà*, n° 57).

Enfin, on peut révoquer la renonciation faite en vertu d'un testament qui n'a pas été vu par le renonçant. Leg. 6, *ff. de transactionibus*, 2, 15. Lebrun, *ubi suprà*, n° 43) (*b*).

351 *bis*. « La faculté d'accepter ou de répudier une succession (1) « se prescrit par le laps de temps requis pour la prescription la plus « longue des droits immobiliers » (art. 789), c'est-à-dire par trente ans.

---

(*a*) Ajoutez : ou à un don fait par acte entre vifs qui se trouverait inefficace comme portant atteinte à la réserve. *V.* dans ce sens Delvincourt, tome 2, note 7 de la page 33; Riom, 8 février 1820; Sir., 23, 2, 93; Nîmes, 30 janvier 1827; Sir., 27, 2, 172; Dall., 25, 2, 127; Limoges, 14 décembre 1831; Sir., 32, 2, 193. Cette opinion repose sur le motif que l'héritier donataire ou légataire a renoncé sous la condition que la donation ou le legs subsisterait. Mais est-elle bien juridique? On peut en douter. En effet, la renonciation ne comporte pas de condition (*V.* n° 339 ci-dessus); elle doit avoir lieu purement et simplement. Or, il n'est guère permis de suppléer dans un acte, à l'aide de présomption, une clause qui en entraîne la nullité. *V.* en ce sens Belost-Jolimont, sur Chabot, obs. 4 sur l'art. 784; Zachariæ, tome 4, § 613, note 24; Nîmes, 6 février 1824, Sir., 24, 2, 117; Grenoble, 20 juillet 1832; Sir., 32, 2, 531; Poitiers 7 août 1833; Sir., 34, 2, 166; Dall., 34, 2, 135. Si la condition avait été stipulée expressément, la renonciation devrait être considérée comme non avenue; Zachariæ, *ibid.*; Montpellier, 13 février 1827; Sir., 27, 2, 221; Corse, 24 juillet 1827; Sir., 28, 2. 51; Dall., 26, 2, 37. — (*b*) Je pense avec M. Chabot que ce moyen de restitution ne doit pas être admis. L'héritier pouvait demander la représentation du testament. *V. Traité des Successions*, art. 784, n° 6. — (1) *V.* le Commentaire de M. Chabot, sur cet art. 789, qui présente des questions assez difficiles. — [*V.* dans le sens de M. Chabot, Bordeaux, 6 mai 1841, Journ. du Palais, tome 2, 1841, page 280; Paris, 2 février 1844, Journ. du Palais, tome 1, 1844, page 272, Comp. toutefois en sens divers; Delvincourt, tome 2, note 6 de la page 32, Duranton, tome 6, nos 483 et suiv.; Zachariæ, tome 4, § 610, notes 6 et 8; Rouen, 6 juin 1838 Sir., 39, 2, 129; Dall., 39; 2, 107, Journ. du Palais, tome 1, 1829, page 414.]

## SECTION III.

*Du bénéfice d'inventaire, de ses effets et des obligations de l'héritier bénéficiaire.*

### SOMMAIRE.

352. Par le droit naturel, l'héritier n'est point obligé au-delà des forces de l'hérédité.
353. *Secùs* par le droit civil, et pourquoi.
354. Origine du bénéfice d'inventaire.
355. Ses effets : 1° l'héritier n'est point obligé au-delà des forces de l'hérédité; 2° il ne confond ni ses biens, ni ses actions avec ceux de la succession
356. Contre qui il dirige ses actions.
357. Il peut exercer des actions qui donnent lieu à un recours contre la succession.
358. Nature du bénéfice d'inventaire. L'héritier peut-il renoncer?
359. Le bénéfice d'inventaire n'empêche point d'être héritier, même envers les créanciers à qui il doit compte des biens.
360. Il peut vendre ou hypothéquer les biens, et les ventes sont valides; mais alors il est déchu du bénéfice.
361. Il peut compromettre et transiger, soutenir des procès.
362. Ses devoirs; ce que c'est que l'inventaire.
363. Est-il *nécessaire* qu'il soit précédé par l'apposition des scellés?
364. Délai de trois mois quarante jours pour faire inventaire et délibérer.
365. *Quid*, s'il n'y a pas de meubles, ou si l'inventaire est irrégulier?
366. Vente des objets susceptibles de dépérissement.
367. Actions que peuvent exercer les créanciers pendant les délais.
368. L'héritier peut faire prolonger les délais.
369. Il peut, même après les délais, faire inventaire et se porter héritier bénéficiaire, s'il n'a pas fait acte d'héritier pur et simple, ou s'il n'a pas été condamné comme tel.
370. A quoi servent les délais qui lui sont fixés.
371. Où il doit faire sa déclaration.
372. C'est aux créanciers à se faire connaître; l'héritier n'est pas obligé de les appeler. Moyen que la loi leur donne.
373. Devoirs de l'héritier bénéficiaire dans son administration; vendre les meubles et immeubles en suivant les formalités sous peine de déchéance.
374. Comment il doit vendre les rentes sur des particuliers, et transférer les rentes sur l'État.
375. S'il représente les meubles en nature, il n'est tenu que de sa négligence; s'il ne les représente pas, il est déchu du bénéfice.
376. Formalités pour la vente des immeubles. Renvoi.
377. Délégation du prix aux créanciers connus.
378. Surenchère admise dans la huitaine de l'adjudication.
379. Distribution du prix. Faut-il une procédure d'ordre?
380. Distribution du prix des meubles; distinctions.
381. Ce qu'on entend par créanciers opposans.
382. Les hypothécaires peuvent demander la distribution par contribution, avant d'exercer leur droit d'hypothèque.
383. Comment l'héritier paie quand il n'y a point d'opposans. Recours des créanciers non opposans qui se présentent avant le paiement du reliquat de compte.
384. Les créanciers qui viennent après le paiement du reliquat de compte ont un recours contre les légataires pendant trois ans.
385. S'ils étaient insolvables, les créanciers n'auraient pas de recours contre l'héritier.
386 Caution qui peut être exigée de l'héritier.

387. Faute de présenter son compte, il peut être contraint de payer sur ses biens.
388. Comment le compte doit être rendu; ce qu'il contient.
389. L'héritier ne peut rien prétendre pour ses peines et soins.
390. Des frais de procès.
391. Un procès n'est pas toujours un motif pour retarder le paiement des créanciers, il doit être fait des distributions à mesure qu'il rentre des sommes.
392. Droits des créanciers fixés à l'ouverture de la succession.
393. De la prescription et de la péremption entre l'héritier et les créanciers opposans.
394. De la compensation en bénéfice d'inventaire.
395. L'héritier institué ou légataire universel peut accepter sous bénéfice d'inventaire.

352. Personne n'est obligé de payer les dettes d'autrui; mais les biens qu'un homme laisse en mourant sont affectés à l'accomplissement de toutes ses obligations.

L'héritier qui recueille ces biens doit donc en supporter les charges; mais en prenant les biens, il n'a pas l'intention de s'obliger personnellement au-delà de leur valeur : son but est d'augmenter sa fortune, et non pas de la diminuer. On ne peut raisonnablement supposer qu'il s'engage à payer plus qu'il ne reçoit. Il ne doit aux créanciers que le compte exact de tous les biens de la succession. Ils ne peuvent rien exiger de plus, puisque le défunt même, que l'héritier représente, ne pourrait, s'il était vivant, rien leur donner au-delà de ce qu'il possédait.

C'est donc un principe fondé sur la raison et sur l'équité, que l'héritier n'est point naturellement obligé au-delà des forces de l'hérédité (1).

353. Mais ce principe pouvant servir à favoriser la mauvaise foi, et devenir une source de fraudes et de procès, les lois civiles établirent que l'héritier serait indéfiniment tenu aux dettes du défunt, quand même les biens ne suffiraient pas pour les payer. *Hæreditas quin obliget nos ære alieno etiamsi non sit solvendo plus quàm manifestum est.* Leg. 8, *ff. de acquir. vel omit. hæred.*, 29, 2. L'héritier ayant la faculté de répudier l'hérédité, c'était à lui d'en bien examiner l'état. On lui accordait un délai pour délibérer (2).

Cependant, comme tous les créanciers pouvaient ne pas se faire connaître dans ce délai; que d'ailleurs il pouvait survenir des événemens qui rendissent la succession onéreuse, tels que la perte d'un bien, d'un procès, d'une créance, ce délai n'était pas toujours un moyen suffisant pour mettre l'héritier en état de prendre un parti avec sécurité.

354. L'empereur Justinien (3) ordonna donc que l'héritier qui au-

(1) Wolf, *Jus nat*, 7e part., § 968. — (2) *Instit.*, lib. 2, tit. 29, § 5; ff., lib. 28, tit. 8; Cod., lib. 6, tit. 30.—(3) Leg. *scimus*, § 4, *Cod. de jure delib.*, lib. 6. tit. 30

rait constaté la valeur des biens par un inventaire, ne serait tenu aux dettes de la succession que jusqu'à la concurrence de cette valeur, sans être obligé à rien mettre du sien : *Ne dum lucrum facere sperat, in damnum incidat.*

Cette constitution de Justinien, naturalisée en France depuis longtemps, a été consacrée par le Code civil. C'est ce qu'on appelle le bénéfice d'inventaire; bénéfice qui n'est, dans le réalité, qu'un retour au droit naturel.

355. Comme c'est par leurs effets qu'on peut connaître la nature des choses, nous commencerons par examiner les effets du bénéfice d'inventaire.

L'effet du bénéfice d'inventaire est de donner à l'héritier l'avantage,

1° De ne pouvoir être poursuivi, sur ses propres biens, pour les dettes de l'hérédité, et de n'être tenu de les payer que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis, même de pouvoir se décharger du paiement des dettes, en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires (*a*);

2° De ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession, et de conserver contre elle le droit de réclamer le paiement de ses créances (802). *Leg. ult.*, § 9, *in fine*, *Cod. de jure delib.*, 6, 30.

Ainsi, le bénéfice d'inventaire confère à l'habile à succéder deux priviléges dont ne jouissent pas les héritiers purs et simples.

Le premier, de n'être point tenu aux dettes au-delà des forces de l'hérédité; le second, de ne confondre ni ses biens ni ses droits avec ceux de la succession, qui en demeurent séparés. Il conserve le droit d'être, suivant la nature de sa créance, payé en totalité comme s'il n'était pas héritier (*b*).

356. Il dirige ses actions contre les autres héritiers, soit purs et simples, soit bénéficiaires comme lui, s'il s'agit d'un droit qui lui soit

---

(*a*) C'est-à-dire à tous les créanciers et légataires. L'abandon fait à quelques-uns des créanciers ou des légataires, surtout à titre de dation en paiement, entraînerait déchéance du bénéfice d'inventaire; Duranton, tome 6, n° 42; Chabot, sur l'art. 802, n° 7; Amiens, 25 février 1809; Sir., 10, 2, 90. Le droit à la séparation du patrimoine acquis aux créanciers de la succession par le seul fait de l'acceptation bénéficiaire ne peut leur être enlevé par la renonciation postérieure au bénéfice d'inventaire; Paris, 8 avril 1826; Sir., 27, 2, 79; Dall., 25, 2, 68. Rej. 10 décembre 1839; Sir., 40, 1, 92; Dall., 40, 1, 62; Journ. du Palais, tome 1, 1840, 191. Comp. toutefois Rouen, 5 décembre 1826; Sir. 27, 2, 80. Cette renonciation ne peut non plus porter préjudice aux tiers à qui l'héritier bénéficiaire a transporté ses créances contre la succession (*V.* l'arrêt de rej. précité). — (*b*) Il peut céder, transporter les créances qu'il a contre la succession. Rej. 4 décembre 1839; Sir., 40, 1, 478; Dall., 40, 1, 79; Journ. du Palais, tome 1, 1840, page 675

privatif. S'il n'y a point d'autres héritiers, ou s'il s'agit d'une action commune à tous les héritiers, elle doit être intentée contre un curateur au bénéfice d'inventaire, nommé dans la même forme que le curateur à la succession vacante (Code de procédure, art. 996) (*a*).

357. Il peut exercer contre des tiers les actions qui leur donneraient un recours contre la succession (1), sans qu'ils puissent lui opposer sa qualité d'héritier.

Par exemple, si le défunt avait vendu des biens de l'héritier bénéficiaire, celui-ci pourrait les revendiquer, sans que les acquéreurs pussent lui opposer, comme ils le pourraient faire à un héritier pur et simple, qu'il a succédé à l'obligation de garantie dont le défunt était tenu, suivant la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Ils auraient seulement une indemnité à prétendre contre la succession bénéficiaire.

De même, si le défunt avait vendu des immeubles affectés à la créance de l'héritier bénéficiaire, celui-ci pourrait exercer, contre les acquéreurs, toutes les actions qui naissent du droit d'hypothèque.

De même encore, l'héritier bénéficiaire peut exercer ses actions contre les cautions du défunt (arrêt de la Cour de cassation, du 1er décembre 1812, Denevers, an 1813, page 92 et suivantes).

358. Après avoir vu l'origine et les effets du bénéfice d'inventaire, il faut examiner quelle en est la nature.

Dans les principes du Code (2), l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire, ne diffère de l'acceptation pure et simple que dans deux points que nous avons remarqués, d'après l'art. 802, c'est-à-dire en ce qu'elle procure à l'héritier l'avantage de n'être point obligé aux dettes au-delà des forces de l'hérédité, et de ne point confondre ses droits et ses actions. Elle produit, au reste, tous les autres effets de l'acceptation pure et simple.

(*a*) Toutefois l'héritier bénéficiaire d'un failli doit intenter ses actions contre les syndics définitifs; Amiens, 14 mars 1820; Sir., 23, 2, 299; Dall., 8, 179; Duranton, tome 7, no 53 à la note. La nomination d'un curateur au bénéfice d'inventaire est également inutile, lorsque l'héritier bénéficiaire a pour contradicteurs tous les créanciers ayant des intérêts opposés. Rej. 10 décembre 1839; Sir., 40, 1, 92; Dall., 40, 1, 62; Journ. du Palais, tome 1, 1840, page 191. Le jugement obtenu par l'héritier bénéficiaire en l'absence du curateur, ne pourrait être opposé aux créanciers héréditaires qui n'auraient été parties au procès; Zachariæ, tome 4, § 619. Rej. 10 décembre 1839; Sir., 40, 1, 92; Dall., 40, 1, 62; Journ. du Palais tome 1, 1840, page 191. — (1) Pothier, *des Successions*, chap. 3, § 7, page 379; le *Nouveau Denisart*, vo Bénéfice d'inventaire, page 396; Lebrun, liv. 3, chap. 4, no 71, page 450. — [ *V.* aussi Duranton, tome 7, no 52; Delvincourt, tome 2, note 2 de la page 31; Chabot, sur l'art. 802, no 2; Aix, 31 juillet 1828; Sir., 29, 2, 258; Dall., 27, 2, 298; Grenoble, 28 mars 1835; Sir., 36, 2, 47; Dall., 36, 2, 88; Bastia, 27 décembre 1843; Journ. du Palais, tome 2, 1844, page 169 Comp. toutefois Riom, 13 décembre 1807; Sirey, 13, 2, 332.] — (2) *V.* aussi Pothier, page 357, chap. 3, art. 2, § 1.

Il ne peut donc plus renoncer (1), ni attaquer l'acceptation qu'il a faite, que dans le cas où elle aurait été la suite d'un dol, conformément à l'art. 783, lequel ne distingue point entre l'acceptation sous bénéfice d'inventaire et l'acceptation ordinaire.

L'art. 802 lui permet seulement, ce qui est permis à tous ceux qui ne sont pas personnellement obligés, de se décharger du paiement des dettes, en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires, sans lui permettre de renoncer; mais il faut avouer que la différence ne consiste que dans le mot. Il est si vrai que la différence consiste dans le mot, que l'héritier bénéficiaire qui abandonne est censé n'avoir jamais été héritier. La propriété des biens ne réside plus sur sa tête, et, s'il meurt après l'abandon, il n'est dû aucun droit de mutation. S'il meurt auparavant, ses héritiers peuvent de son chef faire l'abandon, et par là se soustraire au droit de mutation, parce qu'au moyen de cette renonciation, leur auteur est censé n'avoir jamais été héritier, comme l'a fort bien décidé la Cour de cassation (*Voy.* l'arrêt du 6 juin 1815, Sirey, 1815, p. 319).

Il résulte de cette doctrine que si l'héritier bénéficiaire abandonnait dans les six mois accordés pour payer le droit de mutation, et avant de l'avoir payé, ce droit ne serait point exigible.

Enfin, il en résulte qu'après l'abandon de l'héritier bénéficiaire, l'héritier le plus proche en degré peut accepter la succession purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire, et alors l'héritier qui a fait l'abandon ne peut plus revenir (2);

Car cet abandon équivaut à une renonciation, et rend nécessaire la nomination d'un curateur aux biens abandonnés, comme dans le cas du délaissement par hypothèque, conformément à l'art. 2174, à moins qu'un autre héritier ne se présente après l'abandon. Mais on a voulu respecter le principe, que celui qui est une fois héritier ne peut plus cesser de l'être (*a*).

359. L'héritier bénéficiaire est donc véritablement héritier. Il est,

(1) La question de savoir si l'héritier bénéficiaire peut renoncer était autrefois jugée diversement dans les différens Parlemens. *V.* Bretonnier, *Questions de droit*, vo Bénéfice d'inventaire, *in fine*; le *Nouveau Denisart*, vo Bénéfice d'inventaire, page 404, § 8. La renonciation n'est pas permise dans les principes du Code. La Cour d'appel de Paris a jugé, par arrêt du 10 août 1809, Sirey, *Décisions diverses*, an 1810, page 291, qu'un curateur aux biens vacans, nommé sur la renonciation de l'héritier bénéficiaire, n'était pas recevable à attaquer les jugemens rendus contre l'héritier bénéficiaire depuis la renonciation, mais avant la nomination du curateur. Ceci peut se concilier avec la doctrine professée par la Cour de cassation, dans l'arrêt ci-dessous cité, du 6 juin 1815; car jusqu'à l'abandon de l'héritier bénéficiaire, c'est sur sa tête que résident les actions de la succession. Mais la Cour de Paris semble croire qu'on ne pourrait nommer un curateur : en cela elle va trop loin. — (2) Merlin, *Nouveau Répertoire*, vo Bénéfice d'inventaire, no 15, page 685. — (*a*) Il n'est pas

comme l'héritier pur et simple, saisi de plein droit des biens, droits et actions du défunt. C'est contre lui que doivent être dirigées les

vrai je crois que la différence entre l'abandon autorisé par l'art. 802 et la renonciation, soit purement nominale, et que le législateur ait seulement accordé à l'héritier bénéficiaire la faculté d'abandonner afin de rendre hommage au principe que celui qui est une fois héritier ne peut plus cesser de l'être. Dans l'ancienne jurisprudence, la renonciation et l'abandon n'étaient point considérés, généralement du moins, comme identiques. Voici en effet comment s'exprime Pothier : « Cet abandon que fait l'héritier bénéficiaire est improprement appelé *renonciation à la succession* : car il n'a d'autre effet que de le décharger envers les créanciers; mais suivant la maxime : *Qui semel hæres, semper hæres*, il demeure toujours héritier et comme tel propriétaire des biens qu'il a abandonnés jusqu'à ce qu'il soit vendus et adjugés sur la poursuite des créanciers. » Introduction au tit. 17 de la *Coutume d'Orléans*, n° 53. Pothier concluait encore de ces principes que l'héritier bénéficiaire demeurait sujet envers ses cohéritiers au rapport de ce qui lui avait été donné par le défunt, et il autorisait son sentiment d'un arrêt rendu en 1682 par le Parlement de Paris (*V. Traité des successions*, chap. 3, sect. 3, art. 2, § 8). Ajoutons qu'un autre arrêt du même Parlement, du 2 septembre 1755, avait décidé sur les conclusions de l'avocat général Joly de Fleury, que « quoique un héritier bénéficiaire eût renoncé et fait créer un curateur à la succession, néanmoins s'il restait des biens, les charges acquittées, ils appartenaient à l'héritier bénéficiaire, et qu'un parent d'un degré plus éloigné ne pouvait prétendre que le degré était vacant par cette renonciation pour prendre le titre d'héritier, afin de profiter de ce restant » (*V.* le *Nouveau Denisart*, v° Bénéfice d'inventaire, § 8; *V.* Actes de notoriété du Châtelet de Paris, du 28 mars 1713, les *Questions de droit* de Merlin, v° Bénéfice d'inventaire, § 5, art. 1. *V.* toutefois Lebrun, *Traité des successions*, liv. 3, chap. 4, n° 34; et Furgole, *Traité des testamens*, chap. 10, n° 72. M. Merlin a réfuté l'opinion de ces auteurs d'une manière complète; *Questions de droit*, v° Bénéfice d'inventaire, § 5, art. 47). Mais ces décisions doivent-elles s'appliquer sous l'empire du Code? En d'autres termes, le Code a-t-il voulu confondre deux choses que l'ancienne jurisprudence avait si nettement distinguées? Je ne puis le croire. Un changement aussi notable apporté aux anciens principes eût été certainement signalé dans la discussion, et le législateur n'eût pas manqué de manifester son intention par des dispositions précises. Ainsi, aujourd'hui, comme autrefois, il faut décider que l'héritier bénéficiaire reste propriétaire des biens abandonnés jusqu'à la vente que les créanciers sont autorisés à en faire, et que ce qui reste libre après l'acquit des dettes et charges de la succession lui appartient, à l'exclusion de ses cohéritiers ou des héritiers du degré subséquent; Chabot, sur l'art. 802, n° 8; Duranton, tome 7, n° 43; Delvincourt, tome 2, note 4 de la page 33, Merlin, *Questions de droit*, v° Bénéfice d'inventaire, § 5, art. 5 (l'auteur y réfute l'opinion de M. Toullier); Lyon, 13 avril 1837; Sir., 37, 2, 423; Dall., 37, 2, 151; Journ. du Palais, tome 2, 1837, page 164; Paris, 12 mai 1837; Sir., 37, 2, 392; Dall., 37, 2, 143; Journ. du Palais, tome 2, 1837, page 498. Rej. 25 mars 1840; Journ. du Palais, tome 1, 1840, p. 708; Sir., 40, 1, 456; qu'il peut reprendre les biens avant l'adjudication, en désintéressant les créanciers et les légataires; Duranton, *loc. cit.*; qu'il est tenu au rapport envers ses cohéritiers; Chabot, Duranton, Delvincourt, *loc. cit.*; Zachariæ, tome 4, § 619; Merlin, *Questions de droit*, v° Bénéfice d'inventaire, § 5, art. 4; Metz, 22 mai 1817, rapporté par M. Merlin, *loc. cit.*; Paris, 26 décembre 1815; Sir., 16, 2, 41; Dall., 14, 2, 68. *V.* toutefois Lyon, 14 mai 1813; Sir., 13, 2, 344; Dall., 6, 286; qu'il doit acquitter dans les six mois les droits de mutation. Cass., 1er février 1830; Sir., 30, 1, 137, sauf son recours sur les biens de la succession; que la même obligation pèse sur ses héritiers dans le cas où les biens abandonnés n'auraient pas encore, à l'époque de son décès, été aliénés par les créanciers. Comp. Merlin, *Questions de droit*, v° Bénéfice d'in-

actions des créanciers ou légataires (*a*). La propriété des biens réside en sa personne; les droits de mutation s'ouvrent par son décès.

Mais il est obligé de rendre aux créanciers et aux légataires le compte des biens qu'il est chargé d'administrer.

Si cette obligation semble lui donner, à leur égard, la qualité d'un simple économe ou administrateur des biens, elle ne nuit point à sa qualité d'héritier, et il ne serait pas exact de dire, comme l'on dit quelques auteurs de l'ancienne jurisprudence (1), qu'il n'est, relativement à eux, qu'un simple économe ou administrateur, puisque c'est contre lui qu'ils doivent diriger les actions qu'ils ont à exercer contre la succession. Il est donc héritier, même envers les créanciers (2), et tout ce qu'on peut conclure de l'obligation de leur ren-

---

ventaire, art. 5, § 6; que la succession ne peut plus être vacante; qu'il appartient aux créanciers d'adopter, pour l'administration des biens abandonnés, le mode qui leur paraît le plus convenable; que la nomination d'un curateur n'est pas nécessaire; qu'enfin les biens doivent être vendus suivant les formes prescrites pour la vente des biens d'une succession bénéficiaire. *V.* en ce sens Delvincourt, tome 2, note 4 de la page 33. Aubry et Roux, sur Zachariæ, tome 4, § 619; Vazeille, sur l'art. 802, n° 9; Belost-Jolimont, sur Chabot, obs. 2 sur l'art. 802. *V.* aussi Toullier, tome 7, n° 268. Comp. toutefois Chabot, sur l'art. 802, n° 8. Lorsque les héritiers bénéficiaires sont mineurs, l'abandon ne peut être consenti par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille dûment homologué. Cass. 12 mai 1830; Sir., 39, 1, 274; Dall., 39, 1, 106; Journ. du Palais, tome 1, 1839, page 321.

(*a*) Selon une jurisprudence que l'on peut considérer comme constante, cela doit s'appliquer même au cas où il leur aurait fait abandon des biens composant les biens de la succession; Paris, 10 août 1809; Sirey, 10, 2, 191; Dalloz, 12, 377; Douai, 29 juillet 1816; Sirey, 17, 2, 168; Dalloz, 12, 377; Colmar, 8 mars 1820; Sir., 20, 2, 168; Paris, 3 avril 1826; Sir., 26, 2, 316; Dalloz, 24, 2, 240. Rej. 29 décembre 1829; Sir., 30, 1, 3; Dall., 28, 1, 19. Cassation, 1er février 1830; Sir., 30, 1, 137; Dall., 28, 1, 101; Paris, 25 juin 1838; Sir., 38, 2, 473; Dall., 38, 2, 169; Journ. du Palais, tome 2, 1838, page 19. Comp. toutefois Merlin, *Questions de droit*, v° Bénéfice d'inventaire, tome 5, art. 1; Chabot, sur l'art. 802, n° 8. — (1) Dupare-Poullain. *Principes du droit*, tome 4. —(2) Dont il n'est ni l'économe, ni le représentant. *V.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 8 décembre 1814, Sirey, an 1815, page 153. — [L'administration de l'héritier bénéficiaire ne paralyse point le droit des créanciers de poursuivre la vente judiciaire des biens meubles dont se compose la succession. Cass. 29 octobre 1807; Sir., 8, 1, 83: Dall., 3, 303. Alors surtout que l'héritier néglige de provoquer la vente. Rej. 23 juillet 1833; Sir., 33, 1, 621; Dall., 33, 1, 265, Paris, 13 août 1834; Sir., 34, 2, 674; Dall., 35, 2, 54. *Secùs* s'il a déjà commencé des poursuites et qu'aucune négligence ne lui soit imputable; Paris, 24 février 1825; Sir., 26, 2, 31; Dall. 24, 2, 212. Rej. 4 décembre 1832 (Journ. du Palais, à sa date). Comp. toutefois Bourges, 15 mars 1822; Sir. 22, 2, 269; Dall., 12, 267; Toulouse, 17 août 1822; Sir., 23 2, 193; Dall., 12, 386. Dans le cas où les poursuites seraient interrompues par la faute de l'héritier, les créanciers et légataires rentrent purement et simplement dans l'exercice de leurs droits: mais ils ne peuvent requérir la subrogation et se faire autoriser à continuer, d'après les derniers errements, la procédure qu'il a commencée. *V.* art. 938 et 722, Cod. pr. civ.; Zachariæ, t. 4, § 619, note 16. Comp. toutefois Paris, 28 septembre 1821; Sir., 22, 2, 118; Dall., 12, 388. Rej. 3 décembre 1834; Sir., 35, 1. 559; Dall., 35, 1, 43. Enfin les créanciers ont le droit de former des saisies-arrêts entre

dre compte, c'est qu'il ne peut s'approprier la moindre partie des biens avant que les créanciers et les légataires soient payés, sous peine d'être déchu du bénéfice, qui ne lui est accordé qu'à la condition de tenir un compte fidèle du produit de tous les biens, et de remplir exactement toutes les formalités exigées pour en constater la vraie valeur.

360. S'il ne remplit pas ses devoirs, la déchéance est la seule peine que le Code prononce contre lui; s'il ne craint point de l'encourir, il a sur les biens les mêmes droits et les mêmes pouvoirs qu'un héritier pur et simple. Il peut vendre les immeubles sans aucune formalité, et la vente est valide (1); mais alors il est déchu de ses avantages, et réputé héritier pur et simple (Code de procédure, articles 988, 989).

S'il peut vendre les biens, il peut, à plus forte raison, les hypothéquer, puisque la propriété réside sur sa tête; mais cette hypothèque ne préjudicie en rien aux créanciers de la succession même chirographaires, qui sont payés de préférence, en demandant la séparation des patrimoines, dont nous parlerons dans le chapitre suivant, section 3.

Cette hypothèque ne portant aucun préjudice aux créanciers, il semblerait d'abord que l'héritier ne devrait pas être déchu du bénéfice d'inventaire, par le seul motif qu'il a hypothéqué les biens de la succession, puisque la loi ne prononce point cette déchéance; mais comme il peut toujours se rendre héritier pur et simple, depuis comme avant sa déclaration de prendre la succession sous bénéfice d'inventaire; comme, d'un autre côté, l'acceptation tacite n'a pas moins de force que l'acceptation expresse, il paraît plus conforme au principe et par conséquent plus sûr, de dire qu'en hypothéquant les biens comme en les vendant, l'héritier bénéficiaire fait acte d'héritier pur et simple; car il fait un acte de propriétaire, un acte qu'il n'a le droit de faire qu'en qualité d'héritier (778).

---

les mains des débiteurs de l'hérédité. Toutefois, comme le recouvrement des créances constitue un acte d'administration que l'héritier peut et doit exercer tant dans son intérêt que dans celui des créanciers; il semble qu'ils ne sauraient être admis à agir tant qu'il n'est pas en retard de l'opérer. *V.* Aubry et Rau, sur Zachariæ, tome 4, § 619, note 47; Belost-Jolimont, sur Chabot, obs. 3 sur l'art. 803; Paris, 27 juin 1820; Sir., 20, 2, 212, Dall., 12, 381; Rouen, 12 août 1826; Sir., 27, 2, 25; Dall., 26, 2, 256; Riom. 24 août 1837; Sir., 39, 2, 379; Dall., 39. 2, 264. Comp. toutefois l'arrêt cité à la note précédente; Bordeaux, 19 avril 1822; Sir., 22, 2, 197, Dall., 12, 383; *id.*, 6 mai 1841; Sir., 41, 1, 414; Journ. du Palais, tome 2, 1841, page 280.]

(1) Des créanciers hypothécaires de la succession auraient alors le droit de surenchérir; mais les créanciers non hypothécaires n'auraient d'autre droit que de saisir entre les mains de l'acquéreur. Si ce dernier avait payé, ils n'auraient aucune action contre lui, comme ils n'en auraient aucune contre l'acquéreur qui aurait acquis d'un héritier pur et simple.

La déchéance du bénéfice d'inventaire n'est point une peine proprement dite, et qui ne puisse être encourue qu'en vertu d'une disposition de la loi. L'héritier peut toujours renoncer aux avantages du bénéfice, en se rendant héritier pur et simple, soit expressément, soit tacitement. Or, il fait nécessairement acte d'héritier pur et simple, en hypothéquant les biens à ses créanciers personnels, aussi bien qu'en les vendant (*a*).

361. Mais il en est autrement des compromis et des transactions qui ont pour objet de terminer des contestations ou des procès, et par conséquent de liquider la succession. L'héritier bénéficiaire peut donc compromettre et transiger, sans déroger à sa qualité; les compromis ou transactions qu'il fait sont valides (1), sauf aux créanciers

---

(*a*) Cette opinion me paraît bien rigoureuse. La loi ne prononce point de déchéance contre l'héritier bénéficiaire qui hypothèque les immeubles de la succession. La déchéance, quoi qu'en dise l'auteur, est une peine et par conséquent on ne saurait l'appliquer par induction. D'ailleurs cette hypothèque ne peut préjudicier aux créanciers et légataires, puisque rien ne les oblige à demander la déchéance, et qu'ils ne peuvent être privés par le fait de l'héritier, des droits que son acceptation bénéficiaire leur a conférés sur les biens de la succession. On objecte qu'un acte de cette nature implique renonciation au bénéfice d'inventaire, mais la loi est encore muette à cet égard : de plus, une renonciation ne se présume pas. L'hypothèque doit dans cette hypothèse être considérée comme établie, sous la condition qu'il restera des biens libres après que les créanciers et les légataires auront été satisfaits. Comp. sur tous ces points; Paris, 8 avril 1826; Sir., 27, 2, 79; Dall., 27, 2 68. Cass. 18 juin 1833; Sir., 33, 1, 730; Dall., 33, 1, 123; Paris, 4 mai 1835; Sir., 35, 2, 257; Dall., 35, 2, 201; Colmar, 9 janvier 1837; Sir., 37, 2, 311; Dall., 37, 2, 126; Journ. du Palais, tome 1, 1837, page 570; Agen, 29 mars 1838; Journ. du Palais, tome 2, 1840, page 319. Rej. 10 février 1839; Sir., 40, 1, 92; Dall., 40, 1, 62; Journ. du Palais, tome 1, 1840, page 191. Comp. toutefois Rouen, 5 décembre 1826; Sir., 27, 2, 80; Dall., 27, 2. 69: Bordeaux, 24 juillet 1830; Sir., 31, 2, 190. On ne peut également considérer comme emportant renonciation au bénéfice d'inventaire le transport par lequel l'héritier bénéficiaire a cédé ses droits successifs; Merlin, *Questions de droit*, vo Héritier, § 11; Duranton, tome 7, no 54; Zachariæ, tome 4, § 612; Paris, 9 janvier 1806; Sir., 6, 2, 211; Dall., 12, 391; Grenoble, 24 mars 1827; Sir., 28, 2, 85; Dall., 28, 2, 60. Comp. toutefois Amiens, 2 mai 1806; Sir., 6, 2, 172; Dall., 12, 391, ou encore cette circonstance que l'héritier bénéficiaire a pris dans un acte instrumentaire la qualité d'héritier, sans ajouter à cette expression celle de bénéficiaire; Duranton, tome 7, no 54; Zachariæ, tome 4, § 612; Paris, 8 janvier 1808; Sir., 10, 2, 54; Paris, 8 avril 1826; Sir., 27, 2, 79; Aix, 4 mai 1841; Journ. du Palais, tome 2, 1843, page 681. Comp. toutefois Rouen, 5 décembre 1826; Sir., 27, 2, 80. — (1) Ainsi que l'a fort bien jugé la Cour d'appel de Paris, par arrêt du 8 juin 1808, Sirey, an 1808, 2e part., page 210. *V.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 20 juillet 1814; Sir., tome 15, page 32. — [ Les arrêts qui précèdent décident aussi et avec raison que l'héritier bénéficiaire qui compromet sur les droits de la succession est censé avoir abdiqué cette qualité. *V.* dans le même sens Paris, 22 février 1814 (Journ. du Palais à sa date ). Comp. toutefois Paris, 3 juin 1808; Sir., 8, 2. 209; Dall., 1, 613. Mais dans l'espèce, le compromis avait eu lieu sur des difficultés relatives aux comptes présentés par les fermiers ou régisseurs des biens de la succession. La même présomption milite contre l'héritier

ou légataires à faire prononcer la déchéance contre lui, s'il est jugé qu'il ait excédé ses pouvoirs en qualité d'administrateur.

Il est saisi des droits et actions du défunt; ainsi il peut former des demandes, soutenir des procès et y défendre, sans avoir besoin de consulter les créanciers, comme nous le dirons ci-après, n° 390.

Ses pouvoirs sont donc beaucoup plus étendus que ceux d'un administrateur, ou même que ceux d'un curateur aux biens vacans. La raison en est qu'il administre sa propre chose, et qu'il peut toujours, quand bon lui semble, renoncer à la qualité d'administrateur pour agir en qualité de propriétaire. Mais alors il se rend héritier pur et simple, et il est déchu des avantages du bénéfice d'inventaire, faute d'avoir rempli les conditions auxquelles la loi les avait attachés.

362. Il faut donc examiner quelles sont ces conditions. D'abord, il faut constater la valeur des biens par un inventaire exact et fidèle : c'est la condition essentielle à laquelle sont attachés les avantages que la loi accorde à l'héritier bénéficiaire: S'il se rend coupable du moindre recélé, s'il omet sciemment et de mauvaise foi d'inventorier des effets de la succession, il demeure héritier pur et simple; il est déchu du bénéfice d'inventaire.

L'inventaire est une description exacte de tous les titres, papiers, argent, meubles et effets d'une succession qui se fait solennellement aux dépens de l'hérédité, et par un notaire, pour la conservation des droits de tous ceux qui peuvent y avoir intérêt.

Cet inventaire doit être fait dans les formes prescrites par le Code de procédure, auquel nous renvoyons.

363. Il n'est pas rigoureusement nécessaire (1) que l'inventaire soit précédé par l'apposition des scellés sur les portes des chambres et sur les armoires du défunt, puisque l'art. 810 porte que les frais d'apposition de scellés, *s'il en a été apposé*, seront à la charge de la succession; mais il serait dangereux de s'abstenir des scellés. L'héritier qui veut se mettre à l'abri du soupçon n'y doit jamais manquer. Tous les intéressés ont droit de le requérir.

364. L'héritier a trois mois pour faire inventaire, à compter du jour de l'ouverture de la succession.

Il a de plus, pour délibérer sur son acceptation ou sur sa renonciation, un délai de quarante jours, qui commencent à courir du jour de l'expiration des trois mois donnés pour l'inventaire, ou du jour de

---

bénéficiaire qui consent une transaction; Chabot, sur l'art. 803, n° 2; Zachariæ, tome 4, § 619; Duranton, tome 7, n° 55; Limoges, 10 mars 1836; Sir., 36, 2, 350; Dall., 37, 2, 38. Dans les deux cas il doit, s'il veut conserver sa qualité, se faire autoriser par justice; Zachariæ, tome 4, § 619.]

(1) Rhodier, *Questions sur l'ordonnance de* 1667, page 100.

la clôture de l'inventaire, s'il a été terminé avant les trois mois (795).

365. S'il n'existait pas de meubles, il faudrait faire inventorier les titres, papiers et renseignemens de la succession; et s'il n'y avait rien à inventorier, faire dresser un procès-verbal de carence, c'est-à-dire un procès-verbal qu'il ne s'est rien trouvé à inventorier.

Si l'inventaire était irrégulier, par exemple si le notaire avait oublié de le signer, s'il était incompétent, les imperfections pourraient, suivant les circonstances, n'être pas tirées à conséquence, si elles n'étaient pas du fait de l'héritier, s'il n'y avait de sa part ni fraude ni soustraction (1).

366. S'il existe dans la succession des objets susceptibles de dépérir ou dispendieux à conserver, l'héritier peut, pendant la durée du délai de trois mois quarante jours, se faire autoriser par justice à les faire vendre, sans qu'on puisse en induire de sa part une acceptation.

Cette vente doit être faite par officier public, après les affiches et publications réglées par le Code de procédure (796).

367. Pendant la durée des mêmes délais, les créanciers de la succession peuvent diriger contre l'héritier présomptif toutes les actions qu'ils avaient droit d'exercer contre le défunt (2); ils le doivent même, si le temps de la prescription est près d'expirer; car elle n'est pas suspendue pendant les délais accordés pour délibérer (2259).

Mais ils ne peuvent ni forcer l'héritier à prendre qualité, ni obtenir contre lui aucune condamnation. Il peut faire suspendre leurs poursuites par une exception dilatoire; et s'il renonce après ou avant les délais expirés, il ne doit pas supporter les dépens des poursuites dirigées contre lui, et les frais qu'il a faits légitimement jusqu'à cette époque sont à la charge de la succession (797).

Il y a même des actions conservatoires que l'habile à succéder ne peut faire surseoir pendant les délais pour délibérer.

Par exemple, le créancier porteur d'un billet sous seing privé peut

---

(1) V. l'arrêt de la Cour de cassation, du 18 fructidor an XII, rapporté dans le *Nouveau Répertoire*, v° Bénéfice d'inventaire, n° 8, page 683. — [L'héritier institué et le légataire universel qui ont accepté sous bénéfice d'inventaire ne sont pas déchus pour avoir procédé à l'inventaire et à la vente du mobilier sans avoir appelé l'héritier légal, alors que celui-ci n'a pas droit à une réserve et ne réclame aucun droit héréditaire. Cass. 16 avril 1839; Sir., 39, 1, 264; Dall., 39, 1, 167: Journ. du Palais, tome 1, 1839, page 395. Comp. toutefois Limoges, 3 janvier 1820; Sir., 21, 2, 21. — (2) Maleville, et Chabot sur l'art. 797. — [Ils peuvent également, s'ils sont fondés en titre exécutoire, faire saisir les biens héréditaires. L'héritier, en pareil cas, n'est pas admis à exciper du délai qui lui est accordé pour faire inventaire et délibérer; Douai, 4 mars 1812; Sir., 12, 2, 392; Dall., 12, 369. Cependant les tribunaux peuvent ordonner un sursis; Paris, 22 novembre 1833; Sir., 33, 2, 596; Dall., 34, 2, 26; Bordeaux, 30 juillet 1834; Sir., 34, 2, 688; Dall., 35, 2, 27].

assigner l'héritier présomptif, pour reconnaître la signature du défunt et pour la faire vérifier.

Ce n'est là qu'une action conservatoire, pourvu que le créancier se borne à demander la reconnaissance ou la vérification de l'écriture, sans conclure à aucune condamnation. Cette demande ne contraint point l'héritier à prendre qualité (1).

368. L'héritier peut même, après l'expiration des délais, en cas de poursuites dirigées contre lui, demander un nouveau délai au tribunal, qui l'accorde ou le refuse, suivant les circonstances (art. 798).

Dans ce cas, les frais de poursuite sont à la charge de la succession, si l'héritier justifie qu'il n'avait pas eu connaissance du décès, ou que les délais ont été insuffisans. S'il n'en justifie pas, les frais restent à sa charge personnelle (art. 799).

369. Après les délais accordés par la loi ou par le juge, l'héritier conserve encore la faculté de faire inventaire et de se porter héritier bénéficiaire, s'il n'a pas fait d'ailleurs acte d'héritier pur et simple, ou s'il n'existe pas contre lui de jugement passé en force de chose jugée, qui le condamne comme tel (art. 800).

Ainsi, la faculté de se porter héritier bénéficiaire, en faisant inventaire, ne se prescrit qu'avec la faculté d'accepter.

370. Les délais dans lesquels il est ordonné à l'héritier présomptif de faire sa déclaration et de remplir les formalités, n'intéressent que les poursuites auxquelles il est exposé et les dépens qu'il doit supporter, faute d'avoir fait, dans les délais prescrits, la déclaration qu'il n'entend prendre la qualité d'héritier que sous bénéfice d'inventaire.

371. Cette déclaration, qui fait connaître aux créanciers et autres prétendans droits, l'intention de l'habile à succéder, doit être faite au greffe du tribunal civil dans l'arrondissement duquel la succession est ouverte, et inscrite sur le registre destiné à recevoir les actes de renonciation (art. 793).

372. Après cette déclaration faite, l'héritier bénéficiaire ne doit plus, comme autrefois, appeler les créanciers par des bannies : les frais de ces formalités inutiles seraient frustratoires et ne devraient

(1) *V.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 10 juin 1807, Sirey, an 1807, pages 291 et suiv. Mais le jugement n'acquiert aucune hypothèque, si la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, parce qu'en ce cas, les droits des créanciers sont fixés par l'ouverture de la succession, sans qu'ils puissent faire utilement inscrire une hypothèque acquise pendant la vie du défunt. Il en était autrement sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII. *V.* les arrêts de la Cour de cassation, des 15 et 19 décembre 1809, Sir., an 1810, pages 98 et 101. Ces arrêts sont rendus dans l'espèce d'une faillite, à laquelle le bénéfice d'inventaire est assimilé par l'art. 2146. *V.* le *Nouveau Répertoire*, vo Hypothèque, page 875, sect. 2, § 2, art. 7.

pas lui être alloués; c'est aux créanciers de se faire connaître. S'ils ont ignoré le décès de leur débiteur, c'est une négligence qu'ils doivent s'imputer; ils ont dû s'informer quels étaient les héritiers; ils ont pu voir au greffe si les héritiers ont pris le parti de se rendre héritiers bénéficiaires ou de renoncer.

La loi n'a refusé aux créanciers aucun moyen de s'instruire et de veiller à la conservation de leurs droits; ils peuvent faire apposer les scellés (1); ils peuvent consigner leur opposition sur le procès-verbal d'apposition de scellés (2), ou dans un exploit notifié au greffier du juge de paix; et alors on ne peut lever les scellés sans les appeler (art. 931, § 3, du Code de procédure). Ils en peuvent requérir la levée (art. 930 du Code de procédure); et ils peuvent assister à la première vacation de la levée de scellé et de l'inventaire, en personne ou par un mandataire, et à toutes les suivantes par un seul mandataire pour tous (art. 932), le tout aux frais de la succession (art. 933); enfin, ils ont le droit de requérir l'inventaire (art. 941; *junct.* articles 930 et 909) (3).

373. Les autres devoirs de l'héritier bénéficiaire concernent l'administration des biens dont il est chargé (art. 803 du Code civil), et le paiement des créanciers.

Il doit administrer en bon père de famille (*quid* des biens saisis avant l'ouverture de la succession? *Voy.* Duparc-Poullain, tome IV, pages 80 et 99, et sa *Petite Coutume*), et donner aux affaires de la succession le même soin qu'à ses propres affaires; mais il n'est tenu que des fautes graves (art. 804 du Code civil) (4).

Son administration ayant pour objet principal d'acquitter les dettes

(1) Article 909, § 2, du Code de procédure; article 820 du Code civil. — (2) Articles 926 et 927 du Code de procédure; article 821 du Code civil. — (3) Les auteurs du *Praticien français*, tome 2, page 259, pensent que les créanciers n'ont pas le droit d'assister à l'inventaire, parce qu'il peut exister des titres et papiers de famille qu'il serait indiscret de leur communiquer. Cette opinion n'est pas fondée. *V.* art. 932 du Code de procédure. Les créanciers peuvent requérir l'inventaire; ils peuvent assister à *toutes les vacations* de la levée des scellés et de l'inventaire, par un seul mandataire. Autrefois, non-seulement les créanciers avaient droit d'assister, mais on devait les y appeler. Rodier, page 100. — (4) Pothier, *des Successions*, page 366. — [Cette dernière proposition paraît difficile à concilier avec celle qui précède : car on peut dire qu'il résulte de celle-ci que si l'héritier était un père de famille diligent, il devrait être tenu de la faute légère et non pas seulement de la faute grave, comme le veut l'art. 804. Voici sans doute quelle a été la pensée de l'auteur. L'héritier fût-il négligent pour ses propres affaires, est responsable envers les intéressés des fautes graves qu'il peut commettre dans l'administration des biens de la succession, alors même qu'il n'administre pas mieux ses affaires personnelles. Au contraire, s'il est diligent pour ses propres affaires, il doit l'être également pour celles de la succession, sinon il manque à la bonne foi. L'art. 804 doit donc lui être appliqué, car une pareille négligence constitue de sa part une faute grave, une espèce de dol.]

de la succession, il doit vendre les biens meubles ou immeubles, mais en observant les formalités légales, pour que le prix en soit porté à toute leur valeur (805). S'il négligeait l'observation de ces formalités, il serait réputé héritier pur et simple (art. 988 et 989 du Code de procédure) (*a*).

Pour connaître les formes relatives à la vente des meubles, il faut recourir au titre de la vente du mobilier (art. 945 et suivans). Ce titre renvoie au titre des saisies-exécutions (*Voy.* les art. 615, 617, 618, 619, 620 et 621).

L'art. 805 du Code civil s'était borné à dire que la vente serait faite par le ministère d'un officier public, aux enchères, et après des affiches et publications; mais l'art. 945 du Code de procédure a réglé d'une manière plus particulière les formalités à suivre pour la vente des meubles dépendans d'une succession, en exécution de l'art. 826 du Code civil. Il ordonne que la vente sera faite dans les formes prescrites pour la vente du mobilier, par le titre des saisies et exécutions.

374. Le Code de procédure a établi, pour la vente des rentes constituées sur des particuliers, des formalités qui sont expliquées au titre de la saisie des rentes, dans les art. 643 et suivans, jusqu'à l'art. 655.

On doit suivre ces formalités pour la vente des rentes dépendantes d'une succession bénéficiaire, avec les changemens que nécessite la différence d'une saisie et d'un bénéfice d'inventaire.

L'héritier bénéficiaire, comme les tuteurs et curateurs, peut transférer, sans aucune autorisation, les rentes sur l'état au-dessous de 50 fr.; mais il ne peut transférer les rentes au-dessus qu'après une autorisation préalable (1), sans quoi il serait réputé héritier pur et simple, comme dans le cas des ventes faites sans formalités. Cette autorisation est donnée par le tribunal.

375. Si l'héritier bénéficiaire avait conservé les meubles en nature, il ne serait tenu qu'à les représenter dans l'État où ils se trouvent, sans répondre de la dépréciation ou de la détérioration, à moins qu'elle ne fût causée par sa négligence (art. 805 du Code civil).

---

(*a*) Mais ne devrait-on pas décider autrement, si, en pareil cas, la vente avait été avantageuse ou même n'avait causé aucun préjudice aux créanciers et légataires? *V.* Rej. 27 décembre 1820; Sir., 21, 1, 385; Rouen, 30 août 1828; Sir., 30, 2, 127; Dall., 30, 2, 149. L'héritier bénéficiaire qui procède amiablement et sans formalités de justice à un partage de biens indivis entre la succession et des tiers n'est pas pour cela déchu du bénéfice d'inventaire: il n'en est pas à cet égard du partage comme de la vente; Rennes, 19 décembre 1835; Sir., 37, 2, 176. Rej. 26 juillet 1837; Sir., 37, 1, 755; Dall., 37, 1, 430; Journ. du Palais, tome 2, 1837, page 174. — (1) Avis du Conseil d'état, du 11 juin 1808, rapporté par Sirey, an 1808, 2e part., page 87.

S'il ne les représentait pas, il devrait être déclaré héritier pur et simple, comme dans le cas où il les aurait vendus sans formalités; ce qui, néanmoins, pourrait dépendre des circonstances, du temps qui se serait écoulé depuis l'ouverture de la succession jusqu'au moment où les créanciers se font connaître, et du nombre, de la nature ou de l'importance des meubles qu'il ne représenterait pas.

376. Les formalités relatives à la vente des immeubles sont indiquées dans le Code de procédure, art. 987 et 988, qui renvoient au titre des partages et licitations (art. 966 à 972); et ce dernier article renvoie au titre de la vente des biens immeubles (art. 955 à 965); et enfin ce dernier article renvoie, pour la forme de l'adjudication et des suites, aux art. 701 et suivans, titre de la saisie immobilière (*a*).

377. L'héritier bénéficiaire est tenu de déléguer le prix des immeubles aux créanciers qui se font connaître (art. 806 du Code civil), par les inscriptions de leurs titres aux bureaux des hypothèques. Il ne suffit pas qu'ils soient inscrits, il faut qu'ils aient représenté leurs titres.

378. Dans la huitaine du jour où l'adjudication a été prononcée, toute personne peut faire au greffe du tribunal, par elle-même ou par un fondé de procuration spéciale, une surenchère, pourvu qu'elle soit du quart au moins du prix principal de la vente (art. 710 du Code de procédure).

Mais cette surenchère ne doit être reçue qu'à la charge par le surenchérisseur d'en faire, à peine de nullité, la dénonciation dans les vingt-quatre heures, aux avoués de l'adjudicataire et de l'héritier bénéficiaire ou du poursuivant, sans néanmoins qu'il soit nécessaire de faire cette dénonciation à la personne ou au domicile de ceux qui n'auraient pas constitué d'avoués (art. 711 du Code de procédure) (*b*).

379. Le prix de la vente des immeubles doit être distribué suivant l'ordre des priviléges et hypothèques (art. 991 du Code de procédure).

Mais il ne s'ensuit pas qu'on soit obligé d'entamer une procédure d'ordre (1).

Le Code civil dit, au contraire (806), que l'héritier bénéficiaire doit déléguer le prix aux créanciers hypothécaires qui se sont fait reconnaître.

Il faut donc éviter autant que possible les frais d'une procédure d'ordre, et n'y recourir que dans le cas où les créanciers élèveraient des contestations sur les droits respectifs qui résultent de leurs pri-

(*a*) *V.* les nouveaux art. 987 et 988, C. p. c. — (*b*) *V.* les nouveaux art. 988 et 965. L'héritier bénéficiaire qui, en cette qualité, a figuré à l'adjudication des immeubles de la succession n'en conserve pas moins le droit, s'il est créancier hypothécaire, de surenchérir. Caen, 23 août 1839, Sir., 40, 2, 111. — (1) *V.* le rapport de Gillet, sur le tit. 2, liv. 5, de la 1re part. du Code de procédure.

viléges et du rang de leurs inscriptions ; et, dans ce cas-là même, si les créanciers réglaient leurs droits à l'amiable, l'intervention de la justice ne servirait qu'à occasionner des frais, s'il n'y avait point de mineurs parmi eux (1).

Si les créanciers n'élevaient point de contestation sur le rang de leurs inscriptions, si les privilégiés non inscrits ne s'étaient pas fait connaître, l'acquéreur et l'héritier bénéficiaire devraient payer de suite, suivant l'ordre des inscriptions.

380. Quant au prix des meubles et au résidu du prix des immeubles, après que les créanciers hypothécaires ont été payés, il faut distinguer s'il y a des créanciers opposants ou s'il n'y en a pas.

Au premier cas, l'héritier bénéficiaire ne doit payer les créanciers que dans l'ordre et de la manière réglée par le juge (art. 808 du Code civil) ; c'est-à-dire suivant l'art. 990 du Code de procédure, que le prix ne doit être distribué entre les créanciers opposans, que suivant les formes indiquées au titre de la distribution par contribution, art. 656 et suivans (*a*).

381. On entend par créanciers opposans tous ceux qui ont fait connaître leurs droits, et qui ont formé, par un acte juridique, leur opposition à ce qu'il ne soit rien fait au préjudice de leurs droits.

382. Il faut remarquer que les créanciers hypothécaires peuvent demander à être compris dans la distribution par contribution, avant que l'on procède à l'ordre des hypothèques, parce que leur droit d'hypothèque ne doit pas les empêcher d'être compris, pour la totalité de leurs créances, dans la distribution au marc le franc du prix des meubles, pour venir ensuite exercer leur droit sur le prix des immeubles : ils peuvent avoir intérêt que la première opération précède la seconde (2).

383. S'il n'y a point de créanciers opposans, l'héritier paie les créanciers et les légataires à mesure qu'ils se présentent (808). Ils

(1) Chabot, sur l'art. 808.— (*a*) Les légataires ne peuvent rien avoir à prétendre qu'après que les créanciers ont été entièrement satisfaits. Arg. *à fortiori* de l'art. 809, al. 1. Zachariæ, tome 4, § 619. Ajoutons avec cet auteur que l'héritier qui, nonobstant une ou plusieurs oppositions, se permettrait de faire des paiemens arbitraires, serait tenu envers les opposans à la réparation du préjudice qu'il leur aurait causé, mais sans encourir toutefois la déchéance du bénéfice d'inventaire (Rej. 27 décembre 1820; Sir., 21, 1, 385; Belost-Jolimont, sur Chabot, Obs. 1, sur l'art. 808. Comp. cependant Chabot, sur l'art. 808, n. 2. Ces derniers jouiraient même, contre les personnes au profit desquelles ces paiemens auraient eu lieu, d'un recours, en vertu duquel ils pourraient les contraindre à la restitution de tout ce qu'elles auraient reçu au-delà de ce qui eût dû leur revenir, d'après une distribution régulièrement faite.» *V.* aussi Belost-Jolimont, sur Chabot, *loc. cit.*, et n° 383 ci-après. — (2 *V.* le *Nouveau Denisart*, v° Contribution, § 2, n° 3; le Code de commerce, art. 539, 540 et 541. — [*V.* les art. 552 et suiv. du nouveau Code de commerce. Comp. Cass. 22 janvier 1840; Sirey, 40, 1, 275; Dalloz, 40, 1, 113; Journ. du Palais, tome 1, 1840, page 230.]

ne peuvent pas être forcés d'attendre, pour recevoir ce qui leur est dû, que les créanciers qui ne se sont pas opposés se soient mis en règle ou se soient présentés. Ce serait un prétexte pour l'héritier bénéficiaire de retarder les paiemens. Il doit payer sans pouvoir alléguer qu'il existe d'autres créanciers, lors même que ceux-ci auraient un privilége.

Néanmoins les créanciers non opposans, qui se présentent avant que l'héritier ait payé le reliquat de son compte, ont un recours contre ceux qui ont reçu avant eux (1). On ne peut leur appliquer la disposition de l'art. 809, qui ne prive de ce recours que les créanciers qui ne se présentent qu'après le paiement du reliquat de compte.

Ce recours se prescrit par le laps de trois ans, à compter du jour du paiement de ce reliquat (809).

Quant à ceux qui ne se présentent qu'après que l'héritier a payé le reliquat de son compte, ils n'ont plus rien à prétendre, parce qu'il n'est tenu de payer les dettes que jusqu'à la concurrence de la valeur des biens. Ils ne peuvent, quand même leurs créances seraient privilégiées, contraindre les créanciers qui ont reçu avant eux, à leur rapporter tout ou partie de ce qu'ils ont reçu.

En ne s'opposant pas, en ne se faisant pas connaître, ils ont perdu leurs droits par leur négligence : *Eis satisfaciat qui primi veniunt*

(1) Chabot, sur l'art. 809, n° 3, tome 3, page 46.— [Je pense, au contraire, que les créanciers non opposans qui se présentent même avant que l'héritier ait payé le reliquat de son compte, n'ont aucun recours à exercer contre ceux qui ont reçu avant eux. En effet, l'art. 808, 2°, autorise l'héritier, lorsqu'il n'y a pas de créanciers opposans, à payer les créanciers et les légataires à mesure qu'ils se présentent. Que conclure de là? Evidemment que la loi autorise ceux-ci à recevoir de l'héritier, en un mot que le paiement qu'il leur fait est valable à l'égard de tout le monde, puisque les uns et les autres ont reçu ce qui leur était dû. L'art. 809, § 1, modifie, il est vrai, cette disposition. « Les créanciers non opposans, y est-il dit, qui ne se présentent qu'après l'apurement du compte et le paiement du reliquat, n'ont de recours à exercer que contre les légataires.» Mais c'est là une exception; on ne peut l'étendre aux créanciers qui ont reçu avant les autres. L'argument *à contrario* que l'on tire de l'incise « qui ne se présentent qu'après l'apurement du compte et le paiement du reliquat» n'a évidemment aucune force. Cette incise, comme le remarquent très bien MM. Aubry et Rau, ne figure dans le premier alinéa de l'art. 809 que par allusion à l'action ouverte contre l'héritier bénéficiaire au profit du créancier qui se présente avant qu'il n'ait rendu son compte ou qu'il n'en ait payé le reliquat. L'opinion que nous combattons avait été proposée dans la rédaction primitive de l'art. 809: et sur les observations de M. Tronchet la section de législation retrancha l'alinéa qui la consacrait. Elle est enfin contraire à la maxime *vigilantibus jura succurrunt*, et à la disposition de l'art. 503 C. comm. *V.* en ce sens Delvincourt, t. 2, n° 6 de la page 34; Duranton, tome 7, n° 35; Favard de Langlade, *Répertoire*, v° Bénéfice d'inventaire, n° 11; Zachariæ, tome 4, § 619; Belost-Jolimont, sur Chabot, Obs. 2, sur l'art. 809, Paris, 25 juin 1807; Sirey, 7, 2, 996; Dalloz, 12, 393; Cass 4 avril 1832; Sirey, 32, 1, 209; Dalloz, 32, 1, 136; Orléans, 15 novembre 1832; Sirey, 33, 2, 541.]

*creditores, et si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur. Leg. ult.*, § 4, *Cod. de jure delib.*, 6, 30.

Le créancier qui a reçu ce qui lui était dû, est en droit de dire, *meum recepi* (1).

384. Les créanciers qui se présentent après le paiement du reliquat du compte, ont néanmoins un recours à exercer contre les légataires (809), qui ne peuvent jamais rien recueillir dans la succession qu'après l'acquit des dettes; mais ce recours se prescrit par le laps de trois ans, à compter du jour de l'apurement (2) du compte et du paiement (3) du reliquat.

L'apurement du compte et sa reddition finale sont le règlement de la recette et de la dépense.

385. Si les légataires étaient devenus insolvables, les créanciers n'auraient pas de recours subsidiaire contre l'héritier bénéficiaire qui a légalement payé, et qui n'était pas autorisé à exiger une caution des légataires.

386. En attendant que l'héritier bénéficiaire ait rendu son compte, et payé les créanciers et les légataires, il est tenu, si les créanciers ou autres personnes intéressées l'exigent, de donner caution bonne et solvable, de la valeur du mobilier compris dans l'inventaire, et de la portion du prix des immeubles non délégués aux créanciers (*a*).

Faute par lui de fournir cette caution, les meubles sont vendus, et leur prix est déposé, ainsi que la portion non déléguée du prix des

(1) *V.* Bretonnier, *Questions de droit*, page 57, édition in-4 de 1783; Lebrun, *des Successions*, livre 3, chapitre 4, n° 19. — [Lorsqu'un héritier bénéficiaire s'est fait à lui-même le paiement des sommes qui lui étaient dues par la succession, les créanciers qui ne se sont point rendus opposans ne peuvent lui demander le rapport de ce qu'il s'est alloué pour éteindre sa créance, encore bien qu'ils se présentent avant l'apurement du compte et le paiement du reliquat. Paris, 25 juin 1807; Sir. 7, 2, 996; Dall., 12, 393; Dur., t. 7, n° 35; Zach., t. 4, § 619, note 31.] —(2) La 2e part. de l'art. 809 est mal rédigée, et parle d'un recours accordé aux créanciers dans deux cas, tandis que la 1re part. n'explique qu'un cas : c'est que la première rédaction portait deux cas. Elle disait que les créanciers qui ne se présentaient qu'après l'apurement de compte, n'avaient de recours que contre les légataires, et que ceux qui se présentaient avant avaient un recours subsidiaire contre les créanciers payés à leur préjudice. Cette seconde partie fut retranchée, et on ajouta à la première les termes non opposans. Cependant, par inattention, la seconde partie de l'article est restée comme elle avait d'abord été rédigée. Maleville, sur l'art. 809, tome 2, page 285. — [Comp. toutefois Aubry et Rau, sur Zachariæ, tome 4, § 619, note 36.]— (3) *Quid*, si l'apurement de compte et le paiement du reliquat n'étaient pas du même jour? C'est de cette dernière époque que courrait la prescription.— (*a*) Et cela quand même il serait notoirement solvable. Zachariæ, tome 4, § 619; Chabot, sur l'art. 807, n° 2; Paris, 28 janvier 1812; Sirey, 12, 2, 445. A défaut de caution l'héritier bénéficiaire peut offrir un nantissement (art. 2041). Mais la caution ne pourrait être remplacée par une hypothèque. Zachariæ, tome 4, § 619. Comp. toutefois Delvincourt, tome 2, note 15, page 83; Aix, 28 novembre 1831; Sirey, 32, 2, 132; Dalloz, 32, 2, 104.

immeubles, pour être employés à l'acquit des charges de la succession (807).

Le créancier ou autre partie intéressée, qui veut obliger l'héritier bénéficiaire à donner caution, doit lui faire faire sommation, à cet effet par acte extrajudiciaire signifié à personne ou domicile (art. 992 du Code de procédure).

Dans les trois jours de cette sommation, outre un jour par 3 myriamètres de distance entre le domicile de l'héritier et la commune où siége le tribunal, il sera tenu de présenter caution au greffe du tribunal de l'ouverture de la succession, dans la forme prescrite pour la réception de caution (art. 993 du Code de procédure).

S'il s'élève des difficultés relativement à la réception de la caution, les créanciers provoquans seront représentés par l'avoué le plus ancien (art. 994 du Code de procédure).

Au reste, la caution est reçue suivant les formes prescrites par le Code de procédure (art. 518 et suivans).

387. Si l'héritier bénéficiaire négligeait ou retardait de remplir ses obligations, il pourrait être contraint de payer les dettes sur ses biens personnels; il suffirait de lui donner assignation à l'audience pour le faire condamner personnellement, faute d'avoir présenté son compte (803).

388. Le compte doit être rendu dans les formes prescrites par le Code de procédure, au titre de la reddition des comptes (art. 527 et suivans, art. 995).

Il doit, comme tous les comptes, être divisé en recettes et en dépenses.

Le chapitre des recettes comprend tout ce qui a été reçu par l'héritier bénéficiaire, les sommes trouvées lors de l'inventaire, le prix de la vente des meubles et des immeubles, les revenus des biens et arrérages des rentes, et les capitaux des créances qui ont été remboursées.

Le chapitre des dépenses se compose des frais funéraires du défunt, sauf aux créanciers et aux légataires à faire réduire ces frais, si l'héritier bénéficiaire s'était livré, à cet égard, à des profusions exorbitantes, des frais de scellé et d'inventaire, des droits de mutation ouverts par la mort de celui de la succession duquel il s'agit, et même de ceux auxquels la mort des héritiers bénéficiaires aurait pu successivement donner ouverture; des frais légitimes et nécessaires faits pour parvenir à l'ordre ou à la contribution, des frais de compte, des réparations et contributions des biens, etc.

Tous ces frais sont payés de préférence aux créanciers. Ce sont des frais d'une administration nécessaire qu'il leur eût fallu, à défaut

d'héritier bénéficiaire, confier à quelque autre personne qu'on n'aurait pu se dispenser d'indemniser.

389. Mais l'héritier bénéficiaire ne peut répéter que ses avances et déboursés. Il ne peut rien prétendre pour ses peines et soins, quand même les embarras de sa gestion auraient été considérables, parce que, s'il a administré pour les créanciers, il a aussi travaillé pour lui-même; en se chargeant de la liquidation des dettes, il a fait ses affaires propres aussi bien que celles des créanciers; il était libre de ne pas courir les risques d'une administration infructueuse.

Il n'a pas même le droit de prendre sa nourriture sur les biens de la succession, soit pendant, soit après les délais pour délibérer : tout appartient aux créanciers avant qu'il puisse rien prétendre (1).

390. Il paraît qu'on doit allouer à l'héritier bénéficiaire les frais des procès qu'il a soutenus, soit en demandant, soit en défendant, quand même il les aurait perdus, à moins qu'il n'y ait été condamné expressément en son nom personnel.

Après avoir été autrefois incertaine sur ce point, la jurisprudence était fixée à Paris.

Il était d'un usage constant que l'héritier bénéficiaire pouvait porter en dépense les frais des procès dans lesquels il avait succombé, toutes les fois que cette faculté ne lui était pas formellement interdite par le jugement (2).

En Bretagne, au contraire, l'héritier bénéficiaire qui ne prenait pas l'avis des créanciers, courait tous les risques des dépens, sans espoir de répétition (3).

Mais les créanciers d'une succession bénéficiaire formaient alors, en Bretagne, une direction (4) qu'ils ne forment plus aujourd'hui.

La procédure est devenue plus simple. Il est contre l'esprit du Code de multiplier les frais, en convoquant les créanciers pour délibérer au sujet d'un procès, sur lequel ils sont presque toujours hors d'état d'avoir une opinion raisonnée, sans recourir eux-mêmes à des conseils éclairés.

Il suffit donc, pour se mettre à l'abri du reproche, que l'héritier bénéficiaire ait consulté des jurisconsultes connus. Il peut, d'après

(1) *V.* Chabot, sur l'art. 803; Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 4, p. 93; Bretonnier, *Quest. de droit*, p. 58; le *Nouv. Den.*, v° Compte, p. 55, n° 6. — (2) *V.* le *Nouveau Denisart*, v° Compte, p. 51; Bretonnier, *Quest. de droit*, p. 58.] — (3) *V.* Duparc-Poullain, *Précis des actes de notoriété*, p. 231, n° 11.— (4) On appelle *direction* un corps de créanciers unis dont les intérêts sont confiés à quelques-uns d'entre eux, appelés *directeurs* ou *syndics*. Ils ne forment pas un corps proprement dit; la direction n'est point un être moral ayant une existence civile; c'est une simple association de diverses personnes qui agissent en commun pour l'intérêt particulier de chacune d'elles. *V.* le *Nouveau Denisart*, v° Direction.

leur avis, soutenir seul les procès, soit en demandant, soit en défendant; il peut compromettre (voy. *suprà*, n° 361).

391. Mais un procès soutenu par l'héritier ne doit pas être un motif pour retarder le paiement des créances, s'il y avait par ailleurs des biens suffisans pour les payer, parce qu'alors il serait évident que le procès n'est que pour le compte de l'héritier.

De même, le paiement des créanciers hypothéqués sur certains biens ne devrait pas être retardé par les procès relatifs aux autres biens; en un mot, les procès ne doivent pas retarder la distribution des deniers existans, et l'héritier ne doit pas attendre l'apurement du bénéfice pour faire cette distribution.

Il est juste, et il est dans l'esprit de notre législation, qu'il se fasse des distributions à mesure qu'il rentre des sommes suffisantes pour être distribuées; ainsi, par exemple, le prix de la vente du mobilier doit être distribué par contribution, sans attendre la vente des immeubles.

392. Il faut observer que tous les droits des créanciers d'une succession bénéficiaire, tant pour les hypothèques que pour les préférences, sont fixés d'une manière invariable à l'instant de son ouverture.

Toutes les inscriptions prises aux bureaux des hypothèques depuis l'ouverture d'une succession, quand même les créanciers auraient ignoré la mort du défunt, deviennent sans effet, si la succession n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire (art. 2146).

393. On tenait autrefois pour maxime, en Bretagne, que le bénéfice d'inventaire empêchait la prescription et la péremption de s'opérer en faveur de l'héritier bénéficiaire, contre les créanciers opposans, parce qu'il n'était considéré à leur égard que comme un possesseur précaire (1).

Cette maxime est contraire aux principes du Code.

L'héritier bénéficiaire est, comme l'héritier pur et simple, possesseur *pro suo;* il peut prescrire contre les créanciers même opposans, et la prescription continue à courir s'ils laissent périmer leur opposition et les actes de procédure qui l'ont suivie. La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi (2251).

Or, aucune loi n'a excepté les créanciers opposans dans le bénéfice.

Mais la prescription ne court pas contre l'héritier bénéficiaire, à l'égard des créances qu'il a contre la succession (2258), par la raison qu'il est en possession.

(1, Dupare-Poullain, *Principes du droit*, tome 5, page 94.

394. (1) L'héritier bénéficiaire ne pouvait, en Bretagne, compenser ce qu'il devait à la succession avec les crédits qu'il acquérait en payant les créanciers depuis son ouverture, vu qu'il n'était qu'un économe, et qu'il ne pouvait payer un des créanciers plus tôt ni au préjudice de l'autre (2).

Mais, sous l'empire du Code, il faut distinguer.

S'il y a des créanciers opposans, l'héritier bénéficiaire ne pouvant payer que dans l'ordre et de la manière réglée par le juge (808), il ne peut compenser ce qu'il doit avec les crédits acquis depuis l'ouverture de la succession.

Au contraire, s'il n'y a pas de créanciers opposans, rien n'empêche la compensation de s'opérer, puisqu'il peut, suivant le même article 808, payer les créanciers à mesure qu'ils se présentent (voy. *suprà*, n° 383).

Il faut faire la même distinction relativement au débiteur de la succession, qui, depuis son ouverture, en deviendrait créancier.

S'il y avait des créanciers opposans, il ne pourrait pas compenser sa dette avec sa créance; il serait obligé de payer, sauf à se faire payer lui-même dans l'ordre et de la manière réglée par le juge

S'il n'y a point de créanciers opposans, l'héritier, obligé de payer les créanciers à mesure qu'ils se présentent, ne pourrait empêcher la compensation qu'en faisant voir qu'il existait, au moment de la signification du transport (1690), d'autres créanciers opposans ou préférables, qui doivent avoir part dans la distribution de la somme due.

395. L'héritier institué, ou légataire universel, et l'héritier institué par contrat de mariage, peuvent comme l'héritier du sang, accepter sous bénéfice d'inventaire (3).

---

(1) *V.*, sur ce numéro, ce que je dis tome 7, section de la compensation, n° 380; c'est une explication nécessaire à ce que j'ai dit ici, où la matière est traitée trop légèrement.— (2) Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 5, page 97; tome 7, page 353.— (3) Chabot, 5e édition, tome 2, page 412; et Merlin, *Nouveau Répertoire*, vo Légataire, page 733. *V.* un décret du 25 mai 1813, qui autorise l'acceptation, sous bénéfice d'inventaire, d'une succession léguée à l'hospice de Beaulieu, *Bulletin des lois*, page 763. —[ *V.* Turin, 14 août 1809; Sirey, 10, 2, 229; Dalloz, 8, 2, 160. Comp. Cass. 16 avril 1839; Sirev. 39. 1. 264: Dalloz. 39. 1. 167: Journ. du Palais. tome 1. page 395. 1839.]

## SECTION IV.

*Des successions vacantes.*

SOMMAIRE.

396. Toute personne intéressée peut faire nommer un curateur; mais il faut auparavant agir contre les héritiers connus.
397. S'ils renoncent, il n'est pas nécessaire d'agir contre ceux à qui la succession est dévolue.
398. Nullité des poursuites faites contre l'héritier depuis sa renonciation
399 Par quel tribunal le curateur est nommé.
400. Ce qu'il doit faire après sa nomination.
401. Il exerce les droits de l'hérédité et répond aux demandes formées contre elle. Règles de son administration.
402. Il doit faire verser les deniers dans la caisse du receveur du domaine, qui acquitte les dépenses, et comment.
403. Le curateur doit, sous sa responsabilité, faire la déclaration exigée pour le droit de mutation
404 Si les biens sont vendus par expropriation forcée, l'adjudicataire verse dans la caisse du receveur ce qui reste du prix après le paiement des créanciers délégués.

396. Nous avons expliqué *suprà*, n^os^ 294 et 295, la différence qui existe entre les successions vacantes et les successions en déshérence. Il nous reste à voir comment doit être nommé le curateur aux successions vacantes, et quels sont ses devoirs et ses fonctions.

La nomination d'un curateur est fondée sur la nécessité d'établir une personne contre laquelle les créanciers puissent exercer leurs actions, et qui puisse agir pour les intérêts de la succession (*a*).

Ainsi, toutes personnes intéressées peuvent provoquer cette nomination; elle peut l'être aussi par le procureur du roi (812).

S'il y a des héritiers connus, on doit d'abord agir contre eux.

La nomination d'un curateur, faite avant d'avoir mis les héritiers connus en demeure d'accepter ou de renoncer, serait nulle, et les jugemens rendus contre ce curateur ne pourraient être opposés ni aux héritiers, ni même au curateur qui serait nommé après leur renonciation (*b*).

397. Mais lorsque les héritiers connus ont renoncé, les créanciers ou autres personnes intéressées peuvent-elles, de suite, faire nommer un curateur à la succession vacante, ou bien sont-elles obligées d'agir contre les héritiers du degré subséquent, s'ils sont connus?

---

(*a*) Une succession à laquelle l'Etat prétend droit en l'absence de tout autre héritier connu, ne peut être réputée vacante. Si un curateur a été nommé, il doit être révoqué, sauf au tribunal à remettre l'administration provisoire de la succession à tel gérant qu'il juge convenable. Cass. 17 août 1840; Sirey, 40, 1, 759; Dalloz, 40, 1, 275; J. du Palais, tome 2, page 452, 1840. Comp. 26 mars 1835; Sirey, 35, 2, 282; Dalloz, 35, 2, 105. — (*b*) Sic Zachariæ, tome 4, § 612. Rej. 17 novembre 1840; Sirey, 41, 1, 155. Comp. rej., 18 mars 1834; Sirey, 34, 1, 830; Dalloz, 34, 1, 227.

La question peut se présenter, surtout si les héritiers renonçans ont des enfans à qui, sur leur renonciation, la succession est dévolue.

La raison de douter est que, par la renonciation des parens appelés en premier ordre, la succession est dévolue de plein droit aux parens du degré subséquent, contre lesquels il paraîtrait qu'il faut agir, s'ils sont connus, comme dans le cas où le renonçant a des enfans.

Il nous paraît que l'esprit, ni la lettre du Code, ne sont pas d'assujettir ainsi les créanciers à parcourir successivement tous les individus d'une famille.

Il en résulterait qu'après avoir agi contre le père, en sa qualité d'héritier présomptif du défunt, il faudrait, après sa renonciation, agir de nouveau contre lui en sa qualité de tuteur naturel de ses enfans mineurs.

Le Code déclare les successions vacantes, lorsque les héritiers connus ont renoncé; il n'exige rien de plus.

On ne peut donc pas obliger les créanciers ou légataires d'agir contre les parens du degré subséquent : ils peuvent, aussitôt après la renonciation des premiers appelés, provoquer la nomination d'un curateur. C'est ainsi que l'avait jugé le Parlement de Paris, par un arrêt du 23 avril 1735, plaidant le célèbre Cochin, et conforme à plusieurs autres arrêts antérieurs (1).

398. Les poursuites faites et les jugemens obtenus contre l'héritier renonçant, depuis sa renonciation, seraient nuls, comme faits contre une personne sans qualité; ils ne pourraient être opposés ni aux héritiers du degré subséquent, ni au curateur aux biens vacans. Les poursuivans devaient, avant d'agir, recourir au greffe du tribunal dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte.

Mais la renonciation survenue depuis l'instance commencée, ne peut arrêter le cours des procédures que par la notification qui en est faite.

399. La nomination du curateur doit être faite par le tribunal dans le ressort duquel s'ouvre la succession (812), sans avis du conseil de famille, parce qu'il ne s'agit pas de l'intérêt de la famille.

En cas de concurrence entre deux ou plusieurs curateurs, le premier nommé doit être préféré, sans qu'il soit besoin de jugement

---

(a) *V.* le *Nouveau Denisart*, v° Curatelle, page 719; Merlin, *Nouveau Répertoire*, v° Curateur, § 3, page 280; Chabot, sur l'art. 811, n° 2, tome 3, page 55.— [*V.* aussi Delvincourt, tome 2, note 1 de la page 36; Duranton, tome 7, n° 62; Favard, *Répertoire*, v° Succession, sect. 5, n° 2; Aix, 17 décembre 1807; Sirey, 7, 2, 667; Dalloz, 12, 395. Comp. Paris, 31 août 1822; Sirey, 23, 2, 100; Dalloz, 12, 395. *V.* toutefois Aubry et Rau, sur Zachariæ, tome 4, § 641, note 3.]

(Code de procédure, art. 999), en supposant qu'il ait été nommé par le tribunal dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte, ce tribunal étant seul compétent pour cette nomination.

400. Le curateur est tenu, avant tout, de faire constater l'état de la succession par un inventaire, si fait n'a été avant sa nomination, et de faire vendre les meubles suivant les formalités prescrites, par le Code de procédure, aux titres de l'inventaire et de la vente du mobilier (Code de procédure, art. 1000) (a).

Il ne peut être procédé à la vente des immeubles et rentes, que suivant les formes prescrites au bénéfice d'inventaire (Code de procédure, art. 1001).

401. Le curateur à la succession vacante exerce et poursuit les droits d'hérédité; il répond aux demandes formées contre elle, il en administre les biens (813), et les formalités prescrites pour l'héritier bénéficiaire s'appliquent au mode d'administration et au compte à rendre par le curateur à la succession vacante (Code civil, art. 814; Code de procédure, art. 1002).

Les règles de son administration sont, à beaucoup d'égards, celles de l'administration d'un tuteur.

Il ne peut, pas plus que le tuteur, transiger ou compromettre. Il est même douteux qu'il puisse transiger en suivant les formalités prescrites par l'art. 467, qui ne parle que des transactions faites par le tuteur.

Mais s'il avait compromis sans y être autorisé, la nullité du compromis et par conséquent du jugement arbitral, pourrait-elle être réclamée par celui qui a volontairement souscrit le compromis?

Pourrait-on lui opposer que l'héritier absent peut seul invoquer cette nullité, et qu'il faut appliquer à ce cas l'art. 1125, qui porte « que les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'in- « capacité du mineur, de l'interdit et de la femme mariée avec qui « elles ont contracté? »

La Cour de cassation a pensé qu'on ne peut étendre au curateur à la succession vacante la disposition de l'art. 1125; que le compromis est un acte synallagmatique qui de sa nature doit contenir obligation réciproque; que, dans l'espèce proposée, l'une des parties n'ayant pas de capacité ni d'autorisation suffisante pour obliger l'absent, l'autre partie ne doit pas davantage être obligée envers lui, et

(a) Le curateur à une succession vacante n'est pas tenu de prêter serment avant d'entrer en fonctions. Bordeaux, 4 avril 1809; Sirey, 13, 2, 333; Dalloz, 12, 396; Delvincourt, tome 2, note 6 de la page 36; Zachariæ, tome 4, § 642. Il n'est pas non plus obligé à fournir caution. Zachariæ, tome 4, § 642; Nancy, 29 avril 1843; Sirey, 43, 2, 492; Journ. du Palais, tome 1, page 402, 1844.

que conséquemment le compromis et tout ce qui s'en est ensuivi doivent être déclarés nuls (1).

402. Le curateur à la succession vacante n'administre que sous la charge de faire verser le numéraire qui se trouve dans la succession, ainsi que les deniers provenant du prix des meubles ou immeubles vendus et le revenu des biens, dans la caisse du receveur de la régie du domaine, pour la conservation des droits, et à la charge de rendre compte à qui il appartiendra (813).

Suivant une circulaire du ministre de la justice, du 12 messidor an XII, le prix des ventes judiciaires ne doit être versé dans la caisse des consignations qu'après distraction de ce qui est dû aux créanciers hypothécaires (*a*).

Ainsi, les curateurs aux successions vacantes ne doivent toucher aucuns deniers, mais les faire verser dans la caisse des consignations; ils ne doivent ni ne peuvent acquitter aucune dépense.

Le paiement ne peut en être fait que par le receveur, dont les fonctions dans la succession vacante consistent :

1° A recevoir les deniers que les curateurs font verser dans sa caisse;

2° A payer sur ordonnance du tribunal, et jusqu'à concurrence des recettes effectives, les dettes de la succession et autres dépenses relatives à ces successions, sous la condition de rendre compte à qui il appartiendra.

Les ordonnances du tribunal ne sont point visées par les préfets; les receveurs sont autorisés à acquitter les frais de scellés, inventaire et vente, sur simples mémoires quittancés des parties prenantes, certifiés par le curateur et ordonnancés par le juge de paix, sauf à

---

(1) *V.* l'arrêt du 5 octobre 1808, rapporté par Sirey, tome 9, page 71.— [Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'un compromis souscrit par le curateur d'un absent et non par un curateur à une succession vacante. Au reste, les motifs qu'il renferme sont évidemment erronés. Il est certain que l'art. 1125 s'applique aussi bien aux contrats synallagmatiques qu'aux contrats unilatéraux. Enfin la jurisprudence la plus générale admet que la nullité d'un compromis passé avec un incapable ne peut être invoquée que par ce dernier et non par la partie qui était capable de s'engager. *V.* Turin, 19 ventôse an XI; Sirey, 4, 2, 620; Dalloz, 1, 603. Rej., 1er mai 1811; Sirey, 11, 1, 214; Dalloz, 1, 607; *idem*, 26 août 1812, Journ. du Palais, à sa date, Paris, 6 juillet 1827; Sirey, 27, 2, 202, Toulouse, 3 juin 1828; Sirey, 29, 2, 340; Nîmes, 17 novembre 1828; Sirey, 29, 2, 148; Dalloz, 2, 2, 188; Riom, 26 novembre 1828; Sirey, 29, 2, 174; Dalloz, 29, 2, 150; Toulouse, 5 mars 1829; Sirey, 30, 2, 167; Dalloz, 30, 2, 136; Bordeaux, 22 mai 1832; Sirey, 32, 2, 537; Dalloz, 32, 2, 143; Pau, 18 juillet 1834 (Journ. du Palais, à sa date); Toulouse, 18 août 1837, Journ. du Palais, tome 2, page 517, 1837; Grenoble, 6 juin 1839; Journ. du Palais, tome 2, page 90, 1840. *V.* toutefois Grenoble, 25 avril 1831; Sirey, 32, 2, 41; Dalloz. 31, 2, 201.] — (*a*) Nancy, 29 avril 1843; Sirey, 43, 2, 292; Journ. du Palais, t. 1. p. 402, 1844.

régulariser ensuite cette dépense par une ordonnance générale du tribunal de première instance (1).

403. Le curateur aux biens vacans est obligé, sous peine de demeurer personnellement responsable du demi-droit en sus, de fournir dans les six mois du jour de l'ouverture de la succession, aux bureaux de la situation des biens, la déclaration prescrite par l'article 27 de la loi du 22 frimaire an VII, pour le droit de mutation (2).

Le délai de six mois pour le paiement du droit de mutation n'est point suspendu par la vacance d'une succession.

Si le curateur aux biens vacans n'était nommé qu'après les six mois, le demi-droit en sus serait suspendu.

404. Dans le cas où les biens d'une succession vacante sont vendus par expropriation forcée, l'adjudicataire n'est tenu de verser à la caisse du domaine que l'excédant du prix non employé en collocation des créanciers.

## CHAPITRE VI.

### *Du partage et des rapports.*

## SECTION PREMIÈRE.

*De l'action en partage, de sa forme, et de la faculté d'écarter du partage celui à qui l'un des héritiers a cédé son droit.*

### § I.

**De l'action en partage et de sa forme.**

SOMMAIRE.

405. Nul ne peut être contraint de rester dans l'indivision.
406. On peut seulement suspendre le partage pendant cinq ans.
407. Le partage provisionnel devient définitif après trente ans

(1) *V.*, sur tout cela, les instructions du directeur de la régie, des 24 germinal an XII, 6 pluviôse an XIII et 6 mars 1806. Mais en vertu de l'avis du Conseil d'état, approuvé par Bonaparte, le 15 octobre 1809, les sommes provenant des successions vacantes sont consignées à la caisse d'amortissement, qui en paie les intérêts. *Bulletin des lois*, 4e série, tome XI, page 158. — [Aujourd'hui elles sont déposées à la caisse des dépôts et consignations. L. du 28 avril 1816, articles 110 à 112, ordonn. du 3 juillet 1816, art. 2, n° 13.] — (2) *V.* les instructions des 24 germinal an XI et 3 fructidor an XIII. Le receveur de la caisse des dépôts et consignations a une action pour contraindre le curateur à justifier qu'il a fait verser dans cette caisse les deniers provenant de la succession. Nancy, 29 avril 1843; Sirey, 43, 2, 492; Journ. du Palais, tome I, page 402, 1844. Comp. rej., 20 janvier 1807; Sirey, 7, 1, 59; Dalloz, 12, 398. Mais le curateur ne doit le droit de mutation qu'autant qu'il se trouve dans la succession des valeurs suffisantes affectées au privilége du trésor. Dès lors si, après avoir fait l'avance de ces droits, sous toutes réserves, le résultat de la liquidation établit l'insuffisance des valeurs, il y a lieu d'ordonner la restitution de tout ce qui a été perçu en excédant. Cass. 3 décembre 1839; Sirey, 40, 1, 28; Dalloz, 40, 1, 37; Journ. du Palais, tome 2, page 671, 1839. Comp. cass. 4 avril 1807; Sirey, 8, 1, 290; Dalloz, 7, 362.

408. Quelles personnes peuvent exercer ou suspendre l'action en partage.
409. Si tous les héritiers sont majeurs et présens, le partage peut être fait sans formalités.
410. Mais les créanciers de la succession peuvent intervenir,
411. Ainsi que ceux de l'un des héritiers,
412. Pourvu que ce soit avant la consommation du partage.
413. Cas où il faut un partage en justice devant le tribunal de l'ouverture de la succession. Actions dont il connaît.
414. C'est à lui que doivent s'adresser les créanciers avant le partage. *Quid* s'il n'y a qu'un héritier?
415. Quand la demande de partage doit être précédée d'un essai de conciliation.
416. Quand un ou plusieurs héritiers peuvent faire vendre les meubles malgré les autres.
417. Quand il y a lieu à licitation. Ce que c'est.
418. Des immeubles chargés de rentes par hypothèque spéciale.
419. Le jugement de partage nomme un juge-commissaire et des experts
420. Comment ils doivent procéder.
421. Ils doivent composer les lotis, si les droits des intéressés sont liquidés.
422. S'ils ne le sont pas, le poursuivant cite les autres héritiers devant le commissaire, qui nomme un notaire,
423. Lequel procède sans l'assistance d'un second, et rédige, sur les difficultés qui se présentent, un procès-verbal qu'il remet au greffe.
424. Le commissaire prononce sur les difficultés.
425. Qui doit faire les lotis.
426. On peut proposer des réclamations avant le tirage des lots, et comment ce tirage est provoqué.
427. Il est ordonné par le jugement d'homologation; et comment il est fait.
428. Le partage peut être fait par attribution, sans tirage au sort, en certains cas, et comment.
429. Il faut éviter de morceler les héritages. On compense les inégalités par des retours en rente ou des soultes en argent.
430. Quand les soultes donnent ouverture au droit de mutation.
431. Il n'en est point dû, quand l'un reçoit les immeubles en partage, l'autre le mobilier de la succession.
432. A qui les titres doivent être remis.

405. L'expérience de tous les siècles (1) a prouvé que l'indivision des propriétés était ordinairement un sujet de discorde entre les copropriétaires : de là le principe établi par les lois civiles, que nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision (815).

C'est un principe qui tient à l'ordre public, et auquel les particuliers ne peuvent déroger.

Ainsi, un testateur, en donnant son bien à plusieurs personnes, ne peut leur défendre de le partager, ni leur ordonner d'en jouir en commun; ainsi, plusieurs copropriétaires d'une chose commune ne peuvent s'obliger à la laisser indivise. Le partage peut toujours être provoqué, nonobstant toutes prohibitions et conventions contraires (art. 815) (*a*).

(1) *Propinquorum discordias materia communionis solet excitare.* Papinien, loi 77, § 20, *in fine*, *ff. de leg.*, 2. — (a) Toutefois les parties peuvent convenir et la justice ordonner, lorsque cela est nécessaire, que quelques parties d'un immeuble qu'il s'agit de partager resteront en commun. Ce n'est pas là consa-

406. On peut seulement convenir de suspendre le partage pendant un temps limité. Cette convention ne peut être obligatoire au delà de cinq ans; mais elle peut être renouvelée (815) à l'expiration des cinq années. Si elle l'était auparavant, la convention ne serait pas obligatoire au-delà des cinq années, à compter du renouvellement.

407. Le partage peut être demandé, quand même l'un des cohéritiers aurait joui séparément d'une partie des biens de la succession, s'il n'y a eu un acte de partage, ou possession suffisante pour acquérir la prescription (816), c'est-à-dire possession de trente ans. Ce n'est que par ce délai que le partage provisionnel deviendra définitif (1).

---

créer une indivision forcée contre le vœu de l'art. 815. Rej. 21 août 1832; Sirey, 32, 1, 775; Dall., 32, 1, 370. Comp. Bord., 4 déc. 1835; Sir., 36, 2, 200; Dall., 36, 2, 92. La disposition par laquelle le défunt aurait imposé à ses héritiers légitimes ou testamentaires l'obligation de rester dans l'indivision pendant cinq années à dater de l'ouverture de la succession, est valable. Duranton, t. 7, n° 80; Delvincourt, tome 2, note 5 de la page 44; Zachariæ, tome 4, § 622. Rej. 20 janv. 1836: Sirey, 36, 1, 83; Dalloz, 36, 1, 42. Comp. toutefois Chabot, sur l'art. 815, n° 2. *Secùs* si cette obligation leur était imposée pour un temps plus long ou pour un temps indéterminé; Bordeaux, 20 avril 1831; Sirey, 31, 2, 315; Dalloz, 31. 2, 144. Aix, 10 mai 1841; Journ. du Palais, tome 2, page 302, 1841. Comp. toutefois Duranton, *loc. cit.*, et l'arrêt de rejet précité.

(1) *V.* Duparc-Poullain, sur la *Coût. de Bret.*, t. 2, p. 274, n° 4.—[Le but de l'art. 816 a été de prohiber les partages de droit, admis dans certaines coutumes, pour n'autoriser que les partages de fait, c'est-à-dire des partages effectués par une convention formelle. *V.* Rapport de M. Chabot au Tribunat et Discours de M. Siméon au Corps législatif. Tel est le sens qu'il convient de donner à cette expression: «S'il n'y a un acte de partage.» C'est à tort, selon moi, que certains auteurs et quelques arrêts ont conclu de ces termes que *le partage devait être fait par écrit*. Cette interprétation par trop littérale est contraire à l'esprit de notre législation, d'après lequel l'écriture n'est pas requise: *ad solemnitatem sed tantùm ad probationem negotii*. Les expressions, dont il s'agit, sont loin d'être aussi positives que celles de l'art. 2044 qui dispose que « la transaction doit être rédigée par écrit.» Cependant tous les auteurs décident que cette disposition ne fait pas de l'écriture une condition de la validité du contrat; qu'elle a seulement pour but d'exclure l'admission de la preuve testimoniale, même dans le cas où la valeur de l'objet d'une transaction ne dépasse pas 150 francs, mais qu'on peut, en cas de contestation sur l'existence ou les clauses d'une transaction, déférer le serment litis-décisoire, ou provoquer un interrogatoire sur faits et articles. *V.* Merlin, *Questions de droit*, v° Transaction, § 8, n°s 1 et 2; Delvincourt, sur l'art. 2044; Duranton, tome 18, n° 406; Zachariæ, tome 4, § 420. Je crois même que, sous le rapport de la preuve testimoniale, le partage doit être soumis au droit commun. *V.*, en ce sens, Maleville, sur l'art. 816; Zachariæ, t. 4, § 623, texte et note 8; Bourges, 19 avril 1839; Sirey, 39, 2, 422; Dalloz, 39, 2, 225, Journ. du Palais, tome 2, p. 95, 1839; Montpellier, 16 août 1842; Sirey, 43, 2, 148. *Secùs* Chabot, sur l'art. 816, n° 1; Merlin, *Répert.*, v° Prescription, sect. 2, § 13, n° 6; Bastia, 29 novembre 1830; Sirey, 31, 2, 134; Dalloz, 30, 1, 397, Colmar, 24 janvier 1832; Sirey, 32, 2, 657; Dalloz, 32, 2, 215, Bastia, 9 janvier 1833; Sirey, 33, 2, 471; Dalloz, 33, 2, 57; Cass. 6 juillet 1836; Sirey, 36, 1, 877, Toulouse, 30 août 1837; Sirey, 38, 2, 884; Dalloz, 38, 2, 71, Journ. du Palais, tome 1, page 229, 1838; Orléans, 16 juillet 1842; Sirey, 42, 2, 452; Journ du Palais, tome 2, page 120; *idem*, 16 décembre

408. Pour exercer et pour suspendre l'action de partage (*a*), il faut être maître de ses droits : ce sont des actes que ne peuvent faire les mineurs ni les interdits. Leurs tuteurs ne peuvent provoquer le partage, même des meubles (1), sans y être spécialement autorisés par le conseil de famille (817) ; mais ils peuvent, sans cette autorisation, répondre à une demande dirigée contre les mineurs (art. 465).

Le mineur émancipé ne peut intenter une action de partage ni y défendre, sans l'assistance de son curateur. Il paraît même qu'il n'a pas besoin d'être autorisé par le conseil de famille pour provoquer le partage (2) ; car l'art. 482 porte qu'il ne peut intenter une action immobilière sans l'assistance de son curateur : donc il le peut avec son assistance. Et l'art. 840 porte que les partages faits conformément aux règles prescrites, soit par les tuteurs *avec l'autorisation du conseil de famille*, soit par les mineurs émancipés, *assistés de leurs curateurs*, sont définitifs.

A l'égard des cohéritiers absens, l'action de partage appartient aux parens envoyés en possession (817) (*b*).

---

1842, Journ. du Palais, tome 1, page 146, 1843. Il est, du reste, bien évident que si un acte de partage avait été adiré et que la preuve de la perte fût légalement rapportée, rien ne s'opposerait, même dans le système contraire à celui que j'ai admis, à la preuve de l'existence du partage, soit au moyen d'une enquête, soit à l'aide de présomptions graves, précises et concordantes. Rej. 20 janvier 1841 ; Sirey, 41, 1, 577, Journ. du Palais, tome 2, page 138, 1841 ; Zachariæ, *loc. cit.* Je ne crois pas qu'il soit exact de qualifier de partage provisionnel la jouissance que l'un des cohéritiers a exercée sur une partie des biens de la succession. Sa position a sans doute cela de commun avec celle du cohéritier, qui jouit en vertu d'un partage provisionnel qu'elle peut cesser par la demande d'un partage définitif, formée par tout autre cohéritier. Mais il faut se garder de confondre ces deux situations. Le partage provisionnel a pour effet d'attribuer à chacun des cohéritiers le droit de faire siens les fruits par lui recueillis des objets tombés dans son lot ; de plus, il emporte implicitement de la part de ceux qui y ont concouru, reconnaissance de leurs droits respectifs, et dès lors la prescription de l'action, tendant à provoquer le partage définitif, ne peut commencer à courir que du moment où la possession de celui qui entend se prévaloir de cette prescription a été intervertie conformément à l'art. 2238 C. civ. Dans l'espèce, au contraire, il est difficile de reconnaître au cohéritier qui a joui sans l'aveu des autres le droit de garder les fruits qu'il a perçus ; de plus, on ne peut lui appliquer ce qui vient d'être dit, relativement à la prescription de l'action en partage, puisque cette prescription court pendant sa jouissance, et sans qu'il soit besoin d'interversion.

(*a*) Il faut lire, sans doute : « Pour exercer l'action de partage et pour y défendre. » — (1) Chabot, sur l'art. 817, n° 2. — (2) C'est aussi l'opinion de M. Chabot, sur l'art. 817, n° 3, 5e édition, tome 3, page 73. — (*b*) *Ajoutez :* ou à l'époux qui a opté pour la continuation de la communauté. *Quid*, si l'absence n'est pas encore déclarée ? L'action en partage pourra être formée, soit par le procureur fondé de l'absent, soit par un curateur nommé par la justice. Le notaire, désigné par l'art. 113 pour représenter l'absent dans les partages auxquels il peut être intéressé, n'a pas qualité pour intenter en son nom une action en partage ou pour y défendre. Chabot, sur l'art. 817, n° 8 ; Duranton, tome 7, n° 111 ; Merlin, *Répert.*, v° Absent, sur l'art. 113, n° 4 ; Zachariæ, tome 4, § 621. Il va sans dire

La femme mariée ne peut ni provoquer le partage, ni défendre à une action en partage, sans l'autorisation de son mari, qui pourrait faire annuler le partage fait sans son concours.

Quant au mari (1), il peut, sans le concours de la femme, provoquer le partage des objets meubles ou immeubles à elle échus, qui tombent dans la communauté (818), parce qu'il est entièrement le maître de tous les biens de la communauté pendant le mariage.

A l'égard des objets *meubles* (2) ou immeubles, qui ne tombent pas en communauté, le mari ne peut en provoquer le partage sans le concours de sa femme; il peut seulement, s'il a le droit de jouir de ces biens, demander un partage provisionnel (818) (*a*).

Le partage qualifié définitif serait toujours réputé provisionnel; et la femme pourrait en provoquer un nouveau à la dissolution de la communauté, sans qu'on pût lui opposer la prescription, qui ne court point contre elle dans tous les cas où son action réfléchirait contre le mari (2256) : ses cohéritiers ont à se reprocher de ne l'avoir pas appelée au partage.

La femme séparée de biens peut, sans autorisation, faire le partage d'une succession mobilière, puisqu'elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner (1449) (3).

A l'égard des successions immobilières, elle n'en peut provoquer le partage sans l'autorisation de son mari ou de la justice (4).

Quoique le partage ne soit ni une aliénation ni une acquisition, mais une simple détermination de part, il peut entraîner une aliénation, lorsqu'il est nécessaire d'en venir à la licitation (*b*).

Si l'on considère la forme des partages, on en distingue de deux espèces : le partage conventionnel et le partage fait en justice.

---

que l'on suppose que l'existence de l'absent est reconnue. Dans le cas contraire, les art. 135 et suiv. doivent être suivis.

(1) *V.* Chabot, sur l'art. 818, 3e édition. — (2) L'art. 1428 porte cependant que le mari peut exercer seul toutes les actions mobilières qui appartiennent à la femme ; mais cet article est dans le cas de la communauté légale, suivant laquelle tous les meubles échus à la femme entrent en communauté. Il ne faut donc pas étendre sa disposition aux actions qui ont pour objet une portion de meubles qui n'entrent point en communauté. — (*a*) *Sic* Agen, 24 févr. 1809; Sir., 35, 2, 295 en note : Nîmes, 12 mars 1835, Sir., 35, 2, 294 et la note table décennale, vo Dot, no 101. — (3) Maleville, sur l'art. 217. — (4) Malev. et Chabot, sur l'art. 818. — (*b*) Si cette proposition était exacte, on devrait en conclure que la femme séparée de biens n'a besoin d'être autorisée de son mari ou de justice que lorsqu'il est nécessaire d'en venir à une licitation. Or, cette conséquence est évidemment inadmissible. Il fallait dire simplement que la femme séparée de biens ne peut provoquer le partage de successions immobilières qui lui sont échues sans l'autorisation de son mari ou de justice, parce que le partage est un acte dont les conséquences sont aussi importantes que celles d'une aliénation, on ne peut y voir une véritable aliénation, car il n'est point translatif, mais seulement attributif de propriété.

409. Si tous les héritiers sont majeurs et présens, ou représentés par des mandataires, et s'ils sont d'accord entre eux, l'apposition des scellés, sur les effets de la succession n'est pas nécessaire : ils peuvent se passer de l'inventaire et du prisage des biens; ils n'ont besoin d'aucunes formalités de justice.

Le partage peut être fait *dans la forme et par tel acte* qu'ils le jugent convenable (Code civil, article 819; Code de procédure, article 985).

C'est ce qu'on appelle un partage *conventionnel*.

410. Mais cet accord des héritiers peut être troublé par les créanciers de la succession, qui peuvent requérir l'apposition des scellés, en vertu d'un titre exécutoire ou en vertu d'une permission, soit du président du tribunal de première instance, soit du juge de paix du canton où le scellé doit être apposé (Code civil, art. 820, et Code de procédure, art. 909).

Les légataires, et généralement tous ceux qui peuvent être intéressés à la conservation des effets de la succession, tels que les enfans naturels, ont le même droit.

Et lorsqu'une fois le scellé a été apposé, tous les créanciers peuvent y former opposition, c'est-à-dire s'opposer à ce qu'il soit rien fait au préjudice de leurs droits, encore qu'ils n'aient ni titre exécutoire ni permission du juge (821).

Cette opposition peut être faite, soit par une déclaration sur le procès-verbal de scellé, soit par exploit signifié au greffier du juge de paix (Code de procédure, art. 926).

Elle peut aussi être faite sur le procès-verbal de la reconnaissance ou de la levée du scellé.

Ces oppositions doivent contenir, *à peine de nullité*, outre les formalités communes à tout exploit, 1° élection de domicile dans la commune ou dans l'arrondissement de la justice de paix où le scellé est apposé, si l'opposant n'y demeure pas; 2° l'énonciation précise de la cause de l'opposition.

Si les créances sont exigibles, certaines et liquides, on ne peut écarter l'opposition des créanciers que par un paiement réel et effectif. Ils ont le plus grand intérêt d'empêcher la confusion du mobilier de la succession avec celui des héritiers.

Mais si les créances n'étaient pas exigibles, et si elles n'étaient pas certaines ou liquides, il semble que les héritiers pourraient écarter l'opposition et empêcher l'apposition du scellé, en donnant aux créanciers une sûreté suffisante, telle qu'une caution ou une hypothèque spéciale sur leurs biens propres.

Par la même raison, celui dont la créance non encore exigible se-

rait déjà assurée par une hypothèque suffisante, ne devrait pas être écouté à troubler les arrangemens amiables des héritiers en requérant indiscrètement et inutilement l'apposition des scellés (*a*).

411. Les créanciers personnels de l'un des héritiers peuvent aussi requérir l'apposition des scellés sur les effets des successions qui sont échues à leur débiteur; ils peuvent en général exercer tous ses droits; ils peuvent accepter la succession de son chef, quoiqu'il y ait renoncé (art. 788). Ils peuvent s'opposer à ce qu'il soit procédé au partage hors de leur présence, et ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais (art. 882). On ne peut donc leur refuser le droit de provoquer l'apposition des scellés, qui n'est qu'un acte conservatoire pour parvenir au partage.

M. Chabot, tome 3, page 96, pense qu'en ce cas les frais de l'apposition, de la levée des scellés et de l'inventaire, doivent être à la charge de l'héritier débiteur, et prélevés par privilége sur sa part dans les effets mobiliers. Nous avons de la peine à nous rendre à cette opinion; car le créancier de l'héritier débiteur ne fait qu'exercer les droits de ce dernier, qui avait sans contredit le droit de faire apposer les scellés et de procéder à l'inventaire à frais communs, en se refusant à un partage conventionnel (1).

412. Mais ni les créanciers de la succession, ni ceux des héritiers, n'ont le droit d'attaquer un partage consommé à l'amiable, à moins qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée (art. 882) (*b*).

Nous avions pensé, dans la première édition de cet ouvrage, que

---

(*a*) Cette opinion prive le créancier hypothécaire d'un supplément de garantie que la loi lui accorde, comme à tous les créanciers de la succession. On objecte qu'il n'a pas d'intérêt. C'est une erreur. Son hypothèque qui est suffisante peut cesser de l'être. Enfin, la vente du mobilier lui offre un moyen d'être payé plus promptement, car elle s'opère avec plus de rapidité que celle des immeubles. A l'égard de l'opposition des créanciers dont il est question au paragraphe précédent, on a peine à croire que les héritiers fussent en droit de l'écarter en leur donnant une caution ou une hypothèque. Car en supposant qu'en fait ces nouvelles sûretés peuvent remplacer avantageusement celles que la loi leur donne, rien ne les oblige à les accepter.— (1) *V.* Chabot, *ibid.*, p. 93, n° 5; page 107, n° 4, et page 166, n°s 3, 4 et 5 — (*b*) Un partage partiel, mais définitif, quant aux objets qu'il comprend, doit être considéré comme un partage consommé. Paris, 4 février 1837; Sirey, 38, 2, 124; Dalloz, 38, 2, 71, Journ. du Palais, tome 2. 1840, page 38. Une opposition à partage de la part des créanciers de l'un des cohéritiers est tardive, quoique formée huit jours seulement après le décès, si déjà il est intervenu entre les héritiers un partage sérieux et non frauduleux. Paris, 4 février 1837; Sirey, 38, 2, 124; Dalloz, 38, 2, 71; Journ. du Palais, tome 2, 1840, page 38. L'opposition n'est valable qu'autant qu'elle a été signifiée à tous les copartageans. *V.* ci-après § 3; Chabot, sur l'art. 882, note 2; Delvincourt, tome 2, note 2 de la page 54; Bordeaux, 30 novembre 1840, Journ. du Palais. tome 1, 1841, page 321. Comp. Duranton, tome 7, n° 506. *V.* ci-après n° 563.

si le partage avait été fait sous seings privés, comme alors il n'aurait point de date certaine contre les tiers, il ne pourrait être opposé aux créanciers, qui conserveraient le droit de demander à intervenir au partage, à moins que la date de l'acte sous seings privés ne fût assurée par l'enregistrement, ou par la mort de l'un de ceux qui l'ont souscrit, ou par des actes publics dans lesquels son existence fût constatée (art. 1328).

Aujourd'hui cette opinion nous paraît une erreur, et nous pensons que les créanciers qui n'avaient pas fait connaître leurs droits, et notifié leur opposition à tous les héritiers, ne peuvent attaquer le partage sous seings privés fait sans fraude et de bonne foi. Ils sont en faute d'être restés dans l'inaction.

Quant aux créanciers personnels de l'un des héritiers, ils ne peuvent intervenir au partage que comme exerçant les droits de leur débiteur; ils sont ses *ayant-cause*, et ne peuvent, par conséquent, opposer aux autres copartageans le défaut de date certaine d'un acte sous seings privés, qui, suivant l'art. 1322, a la même foi qu'un acte authentique entre ceux qui l'ont souscrit, leurs héritiers et *ayant-cause* (1).

413. Si tous les héritiers ne sont pas d'accord pour faire un partage à l'amiable, si tous ne sont pas présens, s'il y a parmi eux des mineurs ou des interdits (art. 819 et 838), le scellé doit être apposé, dans le plus bref délai, sur les effets de la succession; il doit en être fait un inventaire estimatif dans les formes prescrites par le Code de procédure (art. 941 et suiv.), et le partage doit être fait en justice (*a*).

L'action en partage, et les contestations qui s'élèvent dans le cours

(1) *V.* ce que nous avons dit tome 8, nos 245 et suiv.— [Cette opinion est rejetée aujourd'hui par la jurisprudence et par la doctrine. D'ailleurs fût-elle exacte, elle serait ici tout à fait inapplicable, puisque les créanciers des héritiers en intentant l'action révocatoire, agissent comme tiers et non comme ayant-cause. J'ajoute, relativement aux créanciers de l'hérédité, auxquels la qualité de tiers ne peut être contestée, qu'il est impossible que les actes de partage sous seings privés souscrits par les héritiers, et qui n'ont pas acquis date certaine par l'un des modes indiqués en l'art. 1328 puissent leur être opposés. La loi est précise. On oppose qu'ils sont en faute d'être restés dans l'inaction. Mais ils peuvent répondre avec avantage qu'ils ont toujours le droit d'intervenir tant que le partage n'est pas consommé, et que les actes qu'on leur présente ne suffisent pas pour établir qu'il l'était avant qu'ils eussent formé leur opposition.—

*a*) L'art. 840 déclare provisionnels les partages dans lesquels des mineurs, des interdits ou des absens sont intéressés, lorsque les règles prescrites aux articles précédens n'y ont pas été observées. Mais ces partages seront-ils provisionnels d'une manière absolue, ou bien le seront-ils seulement à l'égard de ceux en faveur desquels ces règles ont été établies, et définitifs à l'égard des autres? S'il résulte des termes de l'acte et des circonstances du fond que l'intention des cohéritiers a été de faire seulement un partage provisionnel; alors nulle difficulté; il aura ce caractère à l'égard de tous. *V.* rej., 20 juin 1839; Sirey, 39, 1, 615; Dalloz, 39, 1, 372, Journ. du Palais, tome 2, 1839, page 29, Toulouse, 7

des opérations, sont soumises au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession (822); et ce lieu est déterminé par le domicile du défunt (art. 110), quand même il serait décédé ailleurs que dans son domicile.

Mais la demande de partage des biens restés indivis entre les héritiers après le partage du surplus de la succession, est une action mixte qui doit être portée soit devant le tribunal de la situation des biens, soit devant celui du domicile du défendeur (1).

C'est devant le tribunal de l'ouverture de la succession qu'il est procédé aux licitations, et que doivent être portées les demandes relatives à la garantie des lots entre copartageans, et celles en rescision de partage (822) (2).

---

avril 1834; Sirey, 34, 2, 341; Dalloz, 34, 2, 243. Si, au contraire, les parties ont clairement manifesté l'intention de faire un partage définitif, il semble qu'aux termes de l'art. 1125 les cohéritiers, dans l'intérêt desquels la loi a exigé l'accomplissement des règles dont il s'agit, devraient être seuls admis à provoquer un nouveau partage; que ce n'est qu'à leur égard que le partage doit être réputé provisionnel (art. 840 et 1125); mais le caractère *provisionnel* qu'indique l'article 840 ne me paraît pas pouvoir être confondu avec la nullité dont parle l'article 1125: je crois qu'il faut décider que tous les cohéritiers, les majeurs comme les mineurs, peuvent provoquer un partage définitif. Comp. Aubry et Rau, sur Zachariæ, tome 4, § 623; Chabot, sur l'art. 840, n°7; Duranton, tome 7, n° 179; Delvincourt, tome 2, note 1 de la page 50, Lyon, 4 avril 1810; Sirey, 13, 2, 290. Rej., 30 août 1815; Sirey, 15, 1, 404; Dalloz, 13, 1, 465, Colmar, 28 novemb. 1816; Sirey, 17, 2, 145; Dalloz, 15, 2, 24, Agen, 12 novembre 1823; Sirey, 25, 2, 71, Bordeaux, 16 mai 1834; Sirey, 35, 2, 192; rej., 24 juillet 1835; Sirey, 36, 1, 238, Dalloz, 36, 1, 10, Montpellier, 16 août 1842; Sirey, 43, 2, 148.

(1) Merlin, *Nouveau Répertoire*, v° Licitation, § 2, n° 2, et l'arrêt de la Cour de cassation du 11 mai 1807 qu'il rapporte. *V.* aussi Paris, 22 novembre 1838; Sirey, 39, 2, 210; Dalloz, 39, 2, 1, Journ. du Palais, tome 1, 1839, page 70. Comp. ce que j'ai dit sur les actions mixtes dans mon Traité de la vente. —(2) Mais la demande en rescision de vente de droits successifs doit se porter au domicile de l'acquéreur, et non au lieu de l'ouverture de la succession. Arrêt de la Cour de cassation du 13 messidor an XIII, dans le Recueil de Denevers, an XIII, page 478 et suiv. L'art. 822 du Code civil et l'art. 59 du Code de procédure, ne dérogent pas aux règles qui attribuent la poursuite des expropriations aux tribunaux de la situation des biens. La Cour de cassation a décidé, par arrêt du 29 octobre 1807, que lors même que les héritiers ont provoqué la vente des immeubles par licitation, devant le tribunal du lieu où la succession est ouverte, les créanciers hypothécaires du défunt conservent le droit de poursuivre l'expropriation de ces immeubles devant le tribunal de la situation des biens. Sirey, tome 8, page 84. Elle a encore décidé, par un arrêt du 18 avril 1809, que la demande à fin d'ordre et de distribution du prix des ventes des biens de la succession, ne doit pas être portée au tribunal du lieu où la succession est ouverte, mais qu'elle doit être portée comme action réelle devant le tribunal du lieu où les biens sont situés. Sirey, tome IX, 1re part., page 226.— *V.* encore Paris, 20 juin 1813; Sirey, 14, 2, 215; Dalloz, 12, 2, 70. Cass., 6 janvier 1830; Sirey, 30, 1, 51, Dalloz, 28, 1, 82. Comp. toutefois Paris, 22 mai 1815; Sirey, 15, 2, 170; Dalloz, 3, 304. Rej. 21 juillet 1821: Sirey, 22, 1, 4; Dalloz, 22, 1, 58, Rouen, 27 février 1822; Sirey, 25, 2, 226; Dalloz, 10, 816. En matière de partage l'exécution de l'arrêt infirmatif appartient au tribunal duquel émane le jugement infirmé, la loi lui attribuant juridiction dans ce cas spécial. Bordeaux,

414. C'est aussi devant ce même tribunal que doivent être portées les demandes qui seraient intentées par des créanciers du défunt avant le partage (Code de procédure, art. 50-59). Après le partage consommé, ils ne pourraient assigner chaque héritier que devant le juge de son domicile ou devant celui de la situation des biens, s'il s'agissait d'une action réelle, telle qu'une action hypothécaire.

S'il n'y avait qu'un seul héritier, les créanciers de la succession pourraient le faire assigner devant le tribunal de son domicile, sans qu'il pût demander son renvoi devant le tribunal de l'ouverture de la succession, quand même il serait héritier bénéficiaire (1), à moins qu'il n'y eût déjà d'autres instances relatives au bénéfice, pendantes à ce dernier tribunal.

Mais l'héritier unique, assigné devant le tribunal de l'ouverture de la succession, pourrait-il demander son renvoi devant les juges de son domicile? Il nous paraît qu'il faut distinguer si les créanciers ont mis leur opposition dans le procès-verbal de l'apposition ou de la levée du scellé, ou lors de l'inventaire. L'héritier, quoique unique, ne pourrait pas demander le renvoi devant le juge de son domicile; mais si les héritiers ne s'étaient pas opposés, si l'héritier avait vendu ou enlevé les meubles sans opposition, il ne paraît pas douteux qu'il ne pourrait plus être assigné devant le tribunal de l'ouverture de la succession.

415. L'action en partage doit être précédée d'un essai en conciliation, si elle n'est pas dans l'un des cas qui en sont dispensés par l'art. 49 du Code de procédure; c'est-à-dire si elle n'intéresse pas des mineurs ou des interdits, les curateurs aux successions vacantes, et si elles n'est pas formée contre plus de deux parties.

416. Chacun des cohéritiers peut demander sa part des meubles en nature, et en exiger le partage, à moins que la majorité des héritiers n'en juge la vente nécessaire pour l'acquit des dettes et charges de la succession (art. 826).

En ce cas, ceux qui composent la minorité ne peuvent s'opposer à la vente, qu'en payant la portion des dettes qui leur incombe pour se faire délivrer leur portion des meubles en nature (2).

La majorité dont parle l'art. 826 ne doit pas se former eu égard au nombre des personnes appelées à la succession, mais plutôt eu égard à la quotité que chacune d'elles y recueille.

---

2 juin 1831; Limoges, 30 mai 1833 (Journ. du Palais à leur date). Rej., 17 novembre 1840, Journ. du Palais, tome 1, 1841, page 145, Bordeaux, 3 août 1841; Journal du Palais, tome 2, 1841, page 636. Comp. toutefois Grenoble, 15 août 1830, Journ. du Palais à sa date.]

(1) Arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1807, Sirey, an 1807, page 425.—(2) Pothier, *des Successions*, page 519

Ainsi, par exemple, trois ou quatre petits enfans qui représentent leur père dans la succession de leur aïeul, ne doivent être comptés que pour une personne; chaque souche ne représente réellement qu'une personne dans le partage de la succession.

S'il y a des créanciers saisissans ou opposans, un seul héritier, contre le vœu de la majorité, peut exiger que les meubles soient vendus pour payer les dettes.

Mais dans ce cas, comme dans le précédent, les héritiers qui veulent avoir leur part en nature peuvent s'opposer à la vente de leurs portions, en payant de suite leur part virile des dettes.

Si la valeur des meubles surpassait le montant des dettes, on ne devrait vendre que jusqu'à la concurrence nécessaire pour acquitter ces dettes, et un seul des héritiers pourrait empêcher la vente du surplus, et demander qu'on commençât la vente par les effets périssables et les moins précieux.

417. Chacun des héritiers doit avoir sa part des immeubles en nature (art. 826).

Cependant, si les experts jugent que *la totalité* des immeubles ne peut commodément se diviser (Code civil, art. 824; Code de procédure, art. 974), il doit être procédé à la vente par licitation devant le tribunal, dans les formes prescrites par le Code de procédure (art. 954, 970, 972 et suivans).

Si les parties sont toutes majeures, elles peuvent convenir que la licitation sera faite devant un notaire sur le choix duquel elles s'accordent (827).

On appelle licitation, la vente au plus offrant et dernier enchérisseur, d'un héritage indivis qui ne peut être commodément partagé.

Les étrangers sont admis à surenchérir lorsqu'il y a des mineurs ou des absens, ou même lorsque l'un des majeurs l'exige.

Ce terme de licitation vient du verbe latin *liceri*, *liceor*, qui signifie surenchérir, mettre aux enchères, adjuger au plus offrant et dernier enchérisseur.

418. S'il y a des immeubles grevés de rentes par hypothèque spéciale, chacun des héritiers peut exiger que les rentes soient remboursées, et les immeubles rendus libres avant qu'il soit procédé à la formation des lots. Si les cohéritiers partagent la succession dans l'état où elle se trouve, l'immeuble grevé doit être estimé au même taux que les autres immeubles; il est fait déduction du capital de la rente sur le prix total. L'héritier dans le lot duquel tombe cet immeuble, demeure seul chargé du service de la rente, et il doit en garantir ses cohéritiers (872).

Cette garantie entraîne en plusieurs cas l'obligation de rembourser

la rente, s'ils l'exigent. Il peut y être contraint par eux dans le cas où l'hypothèque de la rente s'étend sur les immeubles entrés dans leurs lots.

La question fut proposée au Conseil d'état (1), et il fut répondu que, dans ce cas, les cohéritiers poursuivraient, contre celui qui serait chargé de la rente, la radiation des inscriptions prises sur leurs biens, et que, si le créancier les troublait, ils exigeraient qu'il fût remboursé.

Il est injuste, il est contraire à l'esprit et à la lettre de la loi, que les biens échus à l'un des héritiers soient perpétuellement affectés au paiement d'une rente due par l'autre.

Mais allons plus loin : en vertu des dispositions de l'art. 873, la division des dettes se fait de plein droit entre les héritiers. Le créancier a le droit de se faire payer par chacun d'eux de la part virile qui lui incombe dans le paiement de la rente, indépendamment des arrangemens faits entre eux, et sauf le recours de chacun d'eux vers celui qui est chargé de payer la rente.

Il en résulte donc que si les autres sont inquiétés par le créancier pour leur part virile, s'il ne consent pas à prendre pour seul obligé celui qui est seul chargé par eux du paiement de la rente, ils peuvent le contraindre à la rembourser (*a*).

419. Le jugement qui prononce sur la demande de partage doit prononcer, comme en matière sommaire, sur les contestations (*b*),

(1) Maleville, sur l'art. 872, et le *Procès-Verbal des confér. tenues au Conseil d'état*. — (*a*) Les cohéritiers peuvent-ils également, avant que le créancier ait dirigé contre eux des poursuites, contraindre leur cohéritier qui est chargé du service de la rente, soit à leur rapporter leur libération, soit à rembourser? Cela est plus douteux. La question avait été proposée au Conseil d'état, et s'il faut en croire les procès-verbaux, il l'avait décidée par l'affirmative. Mais, lors de la rédaction définitive, cette décision a été omise. En faveur des cohéritiers l'on peut dire que le législateur n'a pu vouloir raisonnablement laisser les autres héritiers exposés aux poursuites du crédirentier, tout en leur accordant un recours qui, par suite, peut devenir stérile; que d'ailleurs l'art. 2032, no 5, C. civ., offre une disposition favorable à ce système : il y est dit que la caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur pour être par lui indemnisée, au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, que l'analogie entre l'espèce prévue par cet article, et celle, dont il s'agit, est évidente; qu'en conséquence, les cohéritiers pourront, au bout de dix ans, ou plutôt après l'expiration d'un délai qui sera fixé par le juge, exiger de celui qui a été chargé seul du service de la rente par le partage, le remboursement de cette rente, si mieux il n'aime obtenir du créancier la remise de leur obligation. Malgré ces raisons, je pense que le texte de l'art. 872 ne permet pas de contraindre celui qui est chargé de la rente, à la rembourser, ou à dégager ses cohéritiers. Il est dit seulement qu'il doit les garantir du service de la rente; on ne peut aggraver cette obligation en se fondant sur des règles relatives au cautionnement, qui évidemment ne sont point applicables. — (*b*) S'il s'agit des contestations relatives au refus de consentir au partage ou à la manière d'y procéder. Lorsqu'il y a contestation sur le fond du droit, le tribunal doit statuer comme

ou nommer, pour les opérations du partage, un juge-commissaire, sur le rapport duquel les contestations sont décidées (Code civil, article 823; Code de procédure, article 969).

Ce même jugement doit encore ordonner que les immeubles seront estimés par des experts qui sont choisis par les parties intéressées, ou, à leur défaut, nommés d'office (Code civil, art. 824; Code de procédure, art. 969).

420. Les nominations, prestations de serment et rapports d'experts, doivent être faits suivant les formalités prescrites au Code de procédure, titre des rapports d'experts.

Si les parties sont majeures, elles peuvent ne nommer qu'un expert (art. 971 du Code de procédure); elles peuvent même se dispenser de suivre les formes juridiques, puisqu'elles ont la faculté d'estimer les biens par une convention amiable (*a*).

Hors ces cas, le procès-verbal des experts doit présenter les bases de l'estimation (*b*), indiquer si l'objet estimé peut être commodément partagé, de quelle manière; fixer enfin, en cas de division, *chacune des parts qu'on peut en former, et leur valeur* (art. 824).

421. Il faut bien remarquer la disposition de cet article, et le comparer avec l'art. 466, qui porte que les experts procéderont à la division des héritages et à la formation des lots.

On doit distinguer deux cas différens :

Le premier est celui où le partage n'a pour objet que la division d'un ou de plusieurs immeubles, sur lesquels les droits des intéressés sont déjà liquidés. C'est alors que les experts, en procédant à l'estimation, doivent composer les lots, ainsi qu'il est prescrit par l'article 466 du Code civil; et, après que leur rapport a été entériné, les lots sont tirés au sort, soit devant le juge-commissaire, soit devant un notaire commis par le tribunal (Code de procédure, art. 975).

On appelle entérinement l'approbation que le tribunal donne à l'opération des experts. Entériner, c'est approuver, confirmer, et, en quelque sorte, rendre entier un acte.

422. Le second cas est celui où il y a des comptes préalables à régler, des rapports, des prélèvemens à faire en immeubles; en un mot, où les droits des intéressés ne sont pas liquidés. Dans ce cas, les experts qui estiment les biens doivent se borner, suivant l'art. 824 du Code civil, à présenter les bases de l'estimation, à indiquer si l'objet

---

en matière ordinaire. Observations du tribunat, Locré, tome 10, page 164; Chabot, sur l'art. 823, no 1; Zachariæ, tome 4, § 624. Cass. 18 mars 1828; Sirey, 28, 1; 173; *id.*, 14 juillet 1830; Sirey, 30, 1, 247.

(*a*) *V.* art. 970 et 971, C. proc. réformé par la loi du 2 juin 1841. — (*b*) *V.* l'art. 971, § 3

estimé peut être commodément partagé, de quelle manière, et à fixer, en cas de division, les parts qui pourraient être faites, mais non pas composer les lots; car le rapport ou la distraction d'un ou de plusieurs immeubles influent nécessairement sur la commodité ou incommodité du partage, et sur la formation des lots.

Les majeurs peuvent procéder, comme bon leur semble, aux comptes et rapports qu'ils se doivent, à la formation de la masse, aux prélèvemens, à la composition des lots, etc.

Mais, s'il y a des mineurs ou des absens, si les majeurs ne sont pas d'accord, la partie qui poursuit le partage fait sommer les copartageans de comparaître au jour indiqué devant le juge-commissaire, qui renvoie les parties devant un notaire dont elles conviendront, si elles peuvent et veulent en convenir, ou qui, à défaut, sera nommé d'office par le tribunal, à l'effet de procéder aux comptes, rapports, formations de masses, prélèvemens, compositions des lots et fournissemens, ainsi qu'il est ordonné par le Code civil, art. 828, et le Code de procédure, art. 976 (*a*).

La poursuite appartient à celui qui le premier a fait viser l'original de son exploit par le greffier du tribunal. Ce visa doit être daté du jour et de l'heure (Code de procédure, art. 967).

423. Le notaire commis procède seul, et sans l'assistance d'un second notaire ou de témoins.

Si les parties se font assister près de lui d'un conseil, les honoraires du conseil n'entrent point dans les frais de partage, et sont à leur charge.

Si, dans les opérations renvoyées devant un notaire, il s'élève des contestations, le notaire indique, dans un procès-verbal séparé, les difficultés et dires des parties. Ce procès-verbal est par lui remis au greffe, et y est retenu pour être remis au commissaire nommé pour le partage (Code civil, art. 837).

424. Le juge-commissaire prononce sur les difficultés (*b*), ou renvoie les parties à l'audience. L'indication du jour où elles doivent comparaître leur tient lieu d'ajournement.

L'art. 977 du Code de procédure veut qu'il ne soit fait aucune sommation pour comparaître soit devant le juge, soit à l'audience (Code de procédure, art. 977).

D'où il résulte que le notaire, dans son procès-verbal, doit renvoyer les parties à jours fixes devant le commissaire; mais, malgré

(*a*) *V* Cod. proc., art. 976. — (*b*) Le juge n'a pas mission de prononcer sur ces difficultés; il doit seulement essayer de concilier les parties; s'il ne peut y parvenir, il est tenu d'en faire son rapport au tribunal. Chabot, sur l'art. 823, § 8. Observations du tribunat, Locré, tome 10, page 166; Discours de M. Siméon au Corps législatif, Locré, tome 10, page 302.

cette précaution, il est bien difficile qu'il ne devienne pas nécessaire, en plusieurs cas, de donner une sommation, à moins qu'on ne veuille dire que les parties doivent, pour savoir le jour fixé par le commissaire, se retirer au greffe, où le procès-verbal doit être retenu, suivant l'art. 977.

425. Lorsque la masse du partage, les rapports et prélèvemens à faire par chacune des parties intéressées ont été établis par le notaire, suivant les art. 829, 830 et 831 du Code civil, les lots sont faits par l'un des cohéritiers, s'ils sont tous majeurs, s'ils s'accordent sur le choix, et si celui qu'ils ont choisi accepte la commission. Dans le cas contraire, le notaire, sans qu'il soit besoin d'aucune autre procédure, renvoie les parties devant le juge-commissaire, et celui-ci nomme un expert (art. 978 du Code de procédure).

Le cohéritier choisi par les parties, ou l'expert nommé pour la formation des lots, doit en établir la composition par un rapport, qui est reçu et rédigé par le notaire, à la suite des opérations précédentes (art. 979).

426. Avant de procéder au tirage des lots, chaque copartageant est admis à proposer ses réclamations contre leur formation (Code civil, art. 835).

Lorsque les lots sont fixés, et que les contestations sur leur formation, s'il y en a, ont été jugées, le poursuivant doit faire sommer les copartageans de se trouver, à jour indiqué, en l'étude du notaire, pour assister à la clôture de son procès-verbal, en entendre la lecture et le signer avec lui, s'ils *le peuvent et le veulent* (Code de procédure, art. 980).

Le notaire remet l'expédition du procès-verbal de partage à la partie la plus diligente, pour en poursuivre l'homologation, c'est-à-dire pour en faire ordonner l'exécution par le tribunal.

Sur le rapport du juge-commissaire, le tribunal homologue le partage, s'il y a lieu, les parties présentes ou appelées, si toutes n'ont pas comparu à la clôture du procès-verbal, et sur les conclusions du procureur du roi, dans le cas où la qualité des parties requiert son ministère (Code de procédure, art. 981).

427. Le jugement d'homologation ordonne le tirage des lots, soit devant le juge-commissaire, soit devant le notaire, lequel, aussitôt après le tirage, doit délivrer à chacun des copartageans une expedition de sa lotie (Code de procédure, art. 982; Code civil, art. 842); et, de plus, le greffier et le notaire sont tenus de délivrer tels extraits du procès-verbal de partage que les parties intéressées requerront (Code de procédure, art. 983), en tout ou en partie (*a*).

(*a*) Les jugemens d'homologation d'un partage alors même que la liquidation

428. Les héritiers majeurs peuvent convenir qu'il n'y aura point de tirage au sort, et que le partage sera fait par voie de désignation ou d'attribution de loties, faites à chacun d'eux par les experts, ou même qu'ils choisiront amiablement les loties qui conviennent à chacun d'eux; mais, s'il y a des mineurs, des interdits ou des absens, le tirage au sort est nécessaire (*a*).

Cependant, il peut y avoir des exceptions exigées par l'intérêt de tous les héritiers.

Par exemple, si tous les héritiers n'ayant pas des droits égaux, il fallait faire successivement plusieurs allotissemens qui nuiraient à la commodité du partage, et qui diminueraient la valeur des loties en morcelant les biens, on pourrait convenir que le partage serait fait par attribution ou désignation des lots, sans tirage au sort.

Mais cette convention ne serait valide qu'en suivant les formes prescrites par l'art. 467 du Code civil, concernant les transactions qui intéressent des mineurs.

Ainsi l'a pensé la Cour de cassation, dans un arrêt du 30 août 1815, dont les considérans peuvent donner beaucoup de lumières :

« Attendu que.... toutes les parties ayant accédé au mode de « partage *par attribution*, qui leur était proposé par le notaire chargé « du travail, aucune d'elles n'était recevable à critiquer désormais « ce mode de partage, et que ce consentement de leur part dispense « les juges de l'application... des articles 823 et autres du Code « civil, 969 et autres du Code de procédure....; articles qui n'ont « pour objet que de régler les formalités à suivre en cas de contes- « tation, et lorsque les parties elles-mêmes ne s'accordent pas sur « un mode de partage et sur la forme d'y procéder;

« Attendu qu'aux termes de l'art. 467 du Code civil, la dame de « Taurnay, stipulant pour sa fille mineure, a pu consentir, par voie « de transaction, et moyennant l'observation, qui a eu lieu dans « l'espèce, des formalités prescrites par le même article, au mode « de partage proposé dans l'intérêt de ladite mineure, comme dans « celui de toutes les autres parties; ce qui a fait cesser l'application « des autres articles de ce Code, ainsi que du Code de procédure,

---

a été réglée et l'homologation prononcée sans contestation, sont soumis au droit commun et aux dispositions qui établissent deux degrés de juridiction. Paris, 15 juin 1837, Sirey, 38, 2, 434; Dalloz, 40, 2, 29; Journ. du Palais, tome 2, 1838, page 127; *id.*, 23 juillet 1840; Sirey, 40, 2, 375, Journ. du Palais, tome 2, 1840, page 689. Comp. aussi Paris, 23 novembre 1825 (Journ. du Palais à date).

(*a*) Colmar, 3 août 1832; Sir., 33, 2, 52; Dall., 33, 2, 61. Rej., 25 novemb. 1834, Sirey, 35, 1, 253; Dalloz, 35, 1, 45. Nancy, 6 juillet 1837: Sirey, 39, 2, 162, Dalloz, 38, 2, 219. *V.* mes notes sur le nouvel art. 970 C. pr. civ., dans ma Collection des lois, tome 41, page 286.

qui règlent les formalités ordinaires des partages ou licitations à faire avec des mineurs (1). »

Mais il ne faudrait pas suivre, pour une succession ouverte sous l'empire du Code, un autre arrêt de la Cour de cassation, du 11 août 1808 (2), qui a décidé que le cohéritier qui a bâti sur un terrain de la succession, peut obtenir que le lot dans lequel ce terrain est compris, lui soit attribué de préférence et sans tirage au sort.

Il s'agissait, dans l'espèce de cet arrêt, d'une succession ouverte sous les anciennes lois, qui ne prescrivaient point le tirage au sort.

Les lois romaines laissaient l'attribution des loties à l'arbitrage des juges, comme l'observait fort bien le substitut du procureur général. Si l'un des héritiers avait bâti sur un terrain de la succession, il faudrait suivre la disposition des articles 861 et 862 (*a*).

429. On doit, dans la formation des lots, éviter autant que possible, de morceler les héritages et de diviser les exploitations. Il convient de faire entrer, s'il se peut, dans chaque lot, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur (art. 832, Code civil).

Et comme il n'est pas toujours possible de faire les loties parfaitement égales, on compense l'inégalité en nature par un retour, soit en rente, soit en argent (art. 833) : c'est ce qu'on appelle *une soulte de partage*.

430. Le partage, n'étant point un titre d'acquisition, ne donne point ouverture au droit de mutation. L'art. 68, § 2, n° 2, de la loi du 22 frimaire an VII, porte qu'il n'est dû qu'un droit fixe de 3 fr. pour le partage des biens meubles et immeubles entre copropriétaires, à quelque titre que ce soit, pourvu qu'il en soit justifié.

Mais s'il est échu à l'un des copartageans des immeubles au-delà de ce qui doit composer sa part, et qu'il soit obligé de payer une soulte pour cet excédant, le droit est dû sur le capital de cette soulte, qui est réellement le prix d'une acquisition, en ce qui surpasse la part qui devait lui revenir.

---

(1) L'arrêt est rapporté par Sirey, tome 15, page 404 et suiv. — [Dans la pratique, on procède, en effet, comme l'indique M. Toullier.] — (2) Sir., t. 8, p. 529 et suiv. — (*a*) *V.* dans le sens de l'auteur, Toulouse, 30 août 1837; Sir., 38, 2, 384; Dall., 38, 2, 71; Journ. du Palais, t. 1, 1838, p. 229, Caen, 3 mars 1838; Sirey, 38, 2, 350; Dalloz, 38, 2, 192; Journ. du Palais, tome 2, 1838, page 353. Comp. aussi Paris, 19 février 1808; Sirey, 8, 2, 130. Les juges n'ont pas le pouvoir d'ordonner le partage par voie d'attribution, même dans le cas où l'intérêt commun des copartageans semblerait réclamer ce mode de partage. Zachariæ, tome 4, § 621, note 30; Vazeille, sur l'art. 834, n° 3. Cass., 27 février 1838; Sirey, 38, 1, 216; Dall., 38, 1, 139; Journ. du Palais, tome 1, 1838, page 501. Cass., 19 mars 1844, Journ. du Palais, tome 1, 1844, page 728. Comp. l'arrêt de rej. du 25 nov. 1834 précité. *V.* mes notes sur l'art. 970. Collection des lois, tome 41, page 286. Comp. toutefois Toulouse, 23 novembre 1832; Sirey, 33, 2, 226; Dalloz, 33, 2, 88.

Aussi la loi citée ajoute : S'il y a retour, le droit sur ce qui en sera l'objet sera perçu au taux pour les ventes, c'est-à-dire au taux de 4 pour 100.

Ce droit est dû, à plus forte raison, lorsque l'un des cohéritiers cède et abandonne sa portion moyennant une somme, ou lorsqu'il renonce *aliquo dato*.

On ne pourrait éluder le droit en donnant à l'acte la forme d'une transaction (1), parce que le premier acte qui fait cesser l'indivision est un partage, quoiqu'il soit qualifié de transaction (888).

Le droit serait également dû, si l'un des copartageans recevait plus d'immeubles qu'il ne lui en revient, à la charge de payer les dettes ou une plus forte partie des dettes de la succession, soit que ce fussent des dettes exigibles, soit que ce fussent des rentes constituées ou foncières; car ces dernières sont aujourd'hui remboursables, et n'affectent plus l'héritage qu'à titre d'hypothèque.

Ainsi, le droit de mutation est dû lorsqu'un immeuble est abandonné à l'un des cohéritiers, à la charge de payer la rente dont il est grevé, conformément à l'art. 872.

Mais dans ce cas, comme dans les précédens, le droit n'est dû que pour ce qui excède la part virile des dettes à laquelle était tenu l'héritier cessionnaire; pour une moitié, par exemple, s'il n'y a que deux héritiers; pour les deux tiers, s'ils sont trois, etc.

Ces règles s'appliquent à tous les partages faits entre des copropriétaires qui possédaient en commun des biens indivis, quelle que soit l'origine de l'indivision.

Si l'un d'eux reçoit une part plus considérable que la part qui lui appartient, moyennant une somme qu'il paie, il y a mutation (*a*).

431. Mais lorsqu'on partage confusément et par le même acte les meubles et les immeubles, en compensant l'inégalité de la lotie où il se trouverait moins d'immeubles, par une plus grande quantité de meubles, il n'y a point de mutation, quand même, par l'issue du partage, l'un des héritiers se trouverait avoir tous les meubles, l'autre tous les immeubles; par exemple, si le défunt possédait pour tout bien une maison et un mobilier d'une valeur égale à celle de la maison, on pourrait du tout former deux lotics, l'une de la maison, l'autre du mobilier. Cette opération ne serait autre chose qu'un véritable partage.

L'héritier à qui la lotie des immeubles écherrait, serait censé, suivant le Code civil, y avoir succédé seul et immédiatement à la mort

(1) Merlin, *Nouveau Répertoire*, vo Partage, § 11, et l'arrêt du 2 février 1808, qu'il y rapporte. — (*a*) Les droits de mutation ont été augmentés par la loi du 28 avril 1816.

du défunt; et celui à qui écherrait la lotie du mobilier serait censé n'avoir jamais eu la propriété des immeubles échus à son consort (article 883)

Un pareil partage ne donne point ouverture aux droits de mutation; il ne serait pas dû, quand même, parmi les meubles donnés pour balancer l'inégalité des loties, il se trouverait des sommes en numéraire, ou des crédits dépendans de la succession, et compris dans l'inventaire, pourvu toutefois que les meubles et immeubles fussent partagés par un seul et même acte, qu'on n'eût fait du tout qu'une seule et même masse à partager.

On peut donner en preuve l'exemple que présente l'art. 976 du Code de procédure, dont la disposition finale porte que lorsqu'un immeuble a été vendu par licitation, le prix de l'adjudication peut être confondu avec d'autres objets, dans une masse commune de partage, pour former la balance entre les divers lots.

Ainsi, dans les principes du Code, il n'y a point de mutations toutes les fois que l'inégalité des loties n'est compensée que par des effets mobiliers dépendans de la même succession et compris dans le même partage.

432. Après le partage, on doit remettre à chacun des copartageans les titres particuliers relatifs aux objets qui lui sont échus : on doit remettre également aux légataires et aux enfans naturels les titres particuliers relatifs aux objets qui leur sont délivrés.

Les titres d'une propriété divisée restent à celui qui en a la plus grande part, à la charge d'en aider ceux de ses copartageans qui y auront intérêt, quand il en sera requis (842).

Il doit être fait un bref inventaire de ces titres, et celui qui en reste saisi doit en donner un reçu. S'il refusait dans la suite de les représenter pour en aider ses copartageans, il pourrait être condamné à des dommages et intérêts, et la moindre indemnité serait de payer les frais d'une expédition de ces titres, en cas qu'il y en eût minute.

Les titres communs à toute l'hérédité sont remis à celui que tous les héritiers choisissent pour en être dépositaire, à la charge d'en aider les copartageans à toute réquisition. S'il y avait difficulté sur le choix, il serait réglé par le juge (art. 842).

Si personne ne voulait s'en charger, ils seraient déposés chez un notaire, à frais communs.

S'il y avait des titres particuliers à l'une des lignes, c'est aux héritiers de cette ligne qu'ils devraient être remis. L'aîné n'a plus, comme autrefois, la prérogative d'être dépositaire des titres communs.

## § II.

### De la faculté d'écarter du partage celui à qui l'un des héritiers a cédé son droit.

SOMMAIRE

433. Origine de ce droit.
434. Il peut être exercé sur les ventes postérieures au Code, quoique l'ouverture de la succession soit antérieure.
435. Sur quoi il est fondé.
436. Si le but qu'on s'est proposé est rempli.
437. Dans quelle proportion les héritiers exercent ce droit.
438. Après le remboursement exécuté par un héritier, les autres ne peuvent demander la concurrence.
439. Ce qu'on entend par *cohéritiers* en cette matière. Si cette expression est limitative.
440. Si le droit est accordé sur les ventes faites par les personnes qui tiennent lieu d'héritiers.
441. Si ces personnes peuvent l'exercer.
442. Quels sont les héritiers légitimes qui concourent à l'exercice du droit. Ce qu'on entend alors par *cohéritiers*.
443. Si le cédant est seul dans sa ligne, les héritiers de l'autre ligne peuvent écarter le cessionnaire.
444. L'héritier d'une ligne, qui acquiert de l'héritier d'une autre ligne, peut-il être exclu?
445. *Quid* si l'héritier cédait son droit à celui qui succéderait en sa place?
446. Le cessionnaire gratuit ne peut être écarté; mais celui à qui il vendrait son droit pourrait l'être.
447. Le cessionnaire d'une portion dans les biens restés indivis ne peut être écarté; mais le cessionnaire d'une quotité du droit héréditaire d'un héritier peut l'être.
448. Le cessionnaire ne peut être écarté si la cession a été approuvée, même tacitement.
449. Si la cession est faite après partage, le cessionnaire ne peut être remboursé. *Quid* s'il y avait action en rescision?
450. Les héritiers subrogés remboursent le prix de la cession, les frais, loyaux coûts et intérêts.
451. Ils profitent des avantages éventuels réalisés depuis la cession; par exemple, de l'extinction d'une rente viagère.

433. L'article 841 dispose que toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas *son successible*, et à laquelle *un cohéritier* aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous *les cohéritiers*, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession.

Ce droit avait été, dans l'ancienne jurisprudence, introduit par extension (1) des lois 22 et 23, *Cod. mandati*, connues sous le nom des lois *per diversas et ab Anastasio*, qui n'en parlent point, mais

(1) *V.* Lebrun, *des Successions*, liv. 4, chap. 2, sect. 3, n° 66; le *Nouveau Répertoire*, v° Droits successifs, n° 8, et v° *Retrait successoral*; le *Nouveau Denisart*, v° Cession de droits successifs, § 4; Brodeau, sur Loüet, lettre C, n° 13, du Rousseau de Lacombe, *Jurisprudence civile*, v° Transport, n° 16.

qui réduisent le cessionaire de droits litigieux au droit d'être remboursé du prix qu'il a payé.

434. Cette faculté d'écarter du partage de la succession l'étranger acquéreur d'une portion héréditaire, avait été qualifiée par quelques auteurs de *retrait successoral*, ce qui donna lieu de prétendre qu'elle était supprimée par les décrets rendus (1) pour abolir toutes les espèces de retraits, même le retrait successoral.

Il nous paraît inutile d'approfondir cette question demeurée indécise (2), parce qu'il est certain que le cessionnaire d'une portion héréditaire encore indivise peut être exclu, lorsque la cession est postérieure à la promulgation du Code, quoique l'ouverture de la succession soit antérieure (3).

435. La disposition de l'art. 841 est fondée sur ce qu'il est de l'intérêt des familles qu'on n'admette point à pénétrer dans leurs secrets, et qu'on n'associe point à leurs affaires des étrangers que la cupidité, ou peut-être l'envie de nuire, ont seules déterminés à devenir cessionnaires, et qui apporteraient presque toujours la dissension dans les familles et le trouble dans les partages.

436. Mais ce but, infiniment louable, n'est qu'imparfaitement rempli par notre article, qui d'ailleurs fait naître une foule de difficultés et de procès, comme on peut en juger par le nombre des arrêts qu'on trouve imprimés sur cette matière dans les *Recueils nouveaux*.

Les cessionnaires adroits, et ce sont toujours les plus dangereux, ne manqueront jamais ou de se présenter au partage en qualité de mandataires du cédant, avec lesquels ils auront traité sous seings

(1 Il y en a cinq. Voyez-en le texte rapporté par Sir., an XII, p. 178.—(2) On a cru qu'elle avait été décidée par les arrêts de la Cour de cassat., des 11 germ. an X et 8 frimaire an XII; mais ces arrêts n'ont pas décidé autre chose, si ce n'est que les lois *per diversas et ab Anastasio* n'étaient point abolies par les lois sur les retraits, avec lesquelles elles n'ont rien de commun, et qu'elles avaient été bien appliquées aux espèces proposées, parce qu'il était prouvé que les droits vendus étaient litigieux. Mais ces arrêts n'ont point décidé que les lois citées fussent applicables à la cession de droits successifs, lorsqu'ils ne sont pas litigieux, et l'arrêt du 25 vendémiaire an V paraît avoir décidé cette question négativement; il est rapporté, ainsi que les précédens, par Sirey, an XII, page 181 et suiv., M. Merlin a laissé la question indécise dans ses conclusions qui précédèrent l'arrêt du 1er déc. 1806, rapporté dans le *Nouveau Répertoire*, vo Droits successifs, page 400. — [Jugé que le retrait successoral n'a pas été abrogé par les lois précitées. Rej. 20 mars 1828; Sirey, 28, 1, 373; Dalloz, 28, 1, 185; Dijon, 26 juillet 1832. Cet arrêt se trouve rapporté avec l'arrêt de rejet du 4 juin 1834; Sirey, 34, 1, 312; Dalloz, 34, 1, 272. *V.* mon *Traité de la vente*, t. 2, no 354. Comp. toutefois Limoges, 21 décembre 1828; Sirey, 32, 1, 852.]— (3) *V.* l'arrêt du 1er décembre 1806, et les conclusions de M. Merlin. — [L'exercice du retrait se règle par la loi de l'ouverture de la succession et non par la loi de la situation des biens. Rej., 15 mars 1831; Sirey, 31, 1, 183; Dalloz, 31, 1, 109.]

privés, ou de masquer leur acquisition sous le voile d'un titre gratuit qui ne permet pas de les exclure (*a*).

437. La faculté d'exclure du partage le cessionnaire d'une portion héréditaire, est accordée soit à tous les cohéritiers, soit à un seul; ainsi, tous les héritiers purs et simples ou bénéficiaires (1) ont le droit d'y concourir, car la loi ne distingue point; mais l'art. 841 ne dit point dans quelle proportion chacun doit y participer. Il faut donc recourir aux règles ordinaires des sociétés, suivant lesquelles chaque associé participe aux profits et aux pertes, en proportion de la part qu'il a dans la société.

Il existe entre les cohéritiers une société légale qui a une telle affinité avec les sociétés conventionnelles, que, suivant l'art. 1872 du Code civil, « les règles concernant le partage des successions, la « forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre les « cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés. »

Prenons donc pour certain que chacun des héritiers qui veulent user de la faculté de rembourser un étranger cessionnaire, doit y participer en proportion de son droit dans les biens qui font l'objet du partage dont l'étranger est exclu.

Si quelques-uns des héritiers seulement veulent exercer le droit d'exclure, la part des autres leur accroît; en sorte que si, sur cinq héritiers, deux se présentent pour rembourser la portion du cinquième acquise par un étranger, chacun des deux doit y participer pour une moitié, quoique leurs demandes aient été formées à différentes époques. La loi ne donne aucune préférence à celui qui l'a formée le premier (*b*).

438. Mais après que l'un des héritiers a exécuté le rembourse-

---

(*a*) Il va sans dire que les autres héritiers pourront prouver la simulation Bordeaux, 5 février 1841 (Cet arrêt se trouve rapporté avec l'arrêt de rejet du 23 novembre 1842; Journ. du Palais, tome 1, 1843, page 625). — (1) Arrêt de la Cour de cassation, du 1er décembre 1806, cité dans la note précédente. — [*V.* aussi Bordeaux, 16 mars 1832; Sirey, 32, 2, 473; Dalloz, 32, 2, 168. L'héritier qui a cédé à un tiers ses droits dans la succession, ne peut exercer le retrait contre le cessionnaire des droits successifs de l'un de ses cohéritiers. Bastia, 23 mars 1835; Sirey, 35, 2, 349; Dalloz, 35, 2, 58, Toulouse, 22 février 1840; Sirey, 40, 2, 318. La déclaration faite par un successible de vouloir opérer le retrait lui donne un droit acquis à l'exercice de cette faculté, qui, dès lors, ne peut plus être paralysée par une rétrocession. Mais une rétrocession sérieuse, faite avant toute déclaration de cette nature, éteint le droit au retrait. Zachariæ, *loc. cit.* Merlin, *Répert.*, vo Droits successifs, no 14; Paris, 16 mai 1823; Sirey, 23, 2, 244; Dalloz, 12, 491; Cass., 4 mai 1829; Sirey, 29, 1, 177; Dalloz, 29, 1, 235; Orléans, 29 février 1832; Sirey, 36, 2, 354; Dalloz, 37, 2, 32. Comp. Bordeaux, 5 février 1841 (Cet arrêt se trouve rapporté avec l'arrêt de rej. du 23 novembre 1842; Journ. du Palais, tome 1, 1843, page 625)]. — (*b*) *Sic* Chabot, sur l'art. 841, note 16. Comp. toutefois Duranton, t. 7, no 199

ment, un autre a-t-il le droit de venir participer à la cession, en offrant de rendre une portion du remboursement?

D'un côté, on peut dire que l'art. 841 porte que l'étranger peut être écarté par un seul ou par tous; que le cohéritier qui a acquis la portion d'un autre est censé avoir fait une affaire commune à tous, suivant la loi 19 *ff. fam. erciscundæ : Prospicere debet judex ut quod unus ex hæredibus ex re hæreditariâ percepit, stipulatusve est, non ad ejus solius lucrum pertineat;* loi depuis longtemps naturalisée dans la jurisprudence française (1).

On peut répondre que ce principe, très juste et très vrai, qu'un cohéritier fait une affaire commune, lorsqu'il traite sur une chose qui concerne la succession, ne s'applique qu'aux cas où il a traité avec des étrangers (2); que l'héritier qui a remboursé l'étranger cessionnaire n'a pas traité avec lui; que le but de la loi est rempli par ce remboursement, au moyen duquel le remboursant est subrogé dans les droits du cessionnaire qui l'était lui-même dans ceux du cohéritier cédant. Celui qui a effectué le remboursement se trouve donc dans le même cas que s'il avait acquis directement de son cohéritier : or, il est certain que, dans ce dernier cas, les autres cohéritiers n'auraient pas le droit de participer à la cession.

L'art. 841 du Code civil le dit positivement, et en cela cet article est conforme à la loi *per diversas*, qui porte : *Exceptis scilicet cessionibus quas inter cohæredes pro actionibus hæreditariis fieri contigit;* disposition répétée dans l'art. 1701 du Code, n° 1.

Enfin, le cohéritier qui a prévenu les autres en effectuant le remboursement, a acquis un droit qu'il n'est pas juste de lui ôter, puisque le but de la loi est rempli.

L'art. 841 dit bien que les cohéritiers peuvent écarter l'étranger en le remboursant; mais il ne dit pas que, lorsque l'étranger aura été écarté par un seul, les autres pourront, après l'affaire finie, venir y participer, en offrant leur quote part du remboursement. Ces raisons nous paraissent devoir l'emporter (*a*).

---

(1) *V.* le *Nouveau Répertoire*, v° Retrait des cohéritiers, p. 431. — (2) Ainsi que l'a décidé la Cour de cassation, le 8 frimaire an XII, Sirey, an XII, page 186. *V.* aussi Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 4, page 65, nos 84 et 86; Pocquet de Livonière, *Règles du droit français*, liv. 5, chap. 1, n° 10; Lebrun, *des Successions*, liv. 4, chap. 2, sect. 3, n° 65: et le *Nouveau Répertoire, ubi suprà.* — (*a*) Sic Chabot, sur l'art. 841, n° 16; Duranton, t. 7, n° 199; Zachariæ, tome 2, § 359 *ter*. Riom, 21 janvier 1809; Sirey, 13, 2, 324; Dalloz, 12, 491; Montpellier, 7 juillet 1824; Sirey, 25, 2, 313; Dalloz, 12, 490. Rej., 28 juin 1836; Sirey, 36, 1, 547. Comp. toutefois Merlin, *Quest. de droit*, v° Retrait successoral, § 1. Le retrait peut être considéré comme exercé, bien que le retrayant n'ait pas encore remboursé le prix de la cession, lorsque des jugemens obtenus par lui seul et passés en force de chose jugée, ont admis son action en retrait. *V.* l'arrêt de rejet précité

439. Mais à quelles personnes et sur quelles ventes ou cessions le *retrait successoral* (1) est-il accordé? C'est, suivant l'art. 841, aux *cohéritiers*, sur les cessions faites par *un cohéritier*. Il faut donc fixer la signification précise de ce mot, qui, comme beaucoup d'autres, en jurisprudence, a des acceptions plus ou moins étendues. Dans son acception la plus générale, il comprend non-seulement les héritiers du sang ou les héritiers légitimes qui tiennent leur droit de la loi, mais encore les héritiers ou légataires universels ou à titre universel, institués par testament, et les donataires universels de tous ou d'une quote part des biens présens et à venir, institués par contrat de mariage (2); les enfans naturels qui sont héritiers irréguliers; en un mot, tous ceux qui ont à partager ensemble une succession indivise: *Hi qui in universum jus succedunt hæredis loco habentur*. Leg. 128, *ff. de R. J.*

440. De là naît la question de savoir si le retrait successoral est accordé,

1° A toutes les personnes qui tiennent lieu d'héritiers,

2° Sur les ventes de droits indivis faites par ces personnes.

Cette seconde question a été décidée affirmativement par un arrêt de la Cour de cassation, du 1er décembre 1806 (3), dans l'espèce d'une vente faite par une veuve donataire universelle de son mari.

Albert Lefournier-Wargemont, fils aîné et héritier de François Lefournier-Wargemont, mort en 1773, mais dont la succession était encore indivise, mourut, laissant Hélène Savourey, son épouse, à laquelle il avait donné tous ses biens par contrat de mariage.

Le premier complémentaire an XII, elle vendit au sieur Roussel tous les droits de son mari dans la succession indivise de François Lefournier-Wargemont.

Alexandre Fournier et Bonne Fournier, dame Persan, beau-frère et belle-sœur de la venderesse, et, comme le mari de cette dernière, héritiers de leur père sous bénéfice d'inventaire, exercèrent sur le sieur Roussel le retrait successoral, qui leur fut adjugé le 12 mars

---

(1) Dans cette discussion, nous employons, *brevitatis causâ*, cette expression commode de retrait successoral, comme l'ont fait plusieurs auteurs anciens et modernes, pour exprimer l'action en subrogation accordée contre l'acquéreur ou cessionnaire d'une portion héréditaire. — (2) Dantoine, sur la loi 128, *ff. de R. J.*; Furgole, *sur l'art.* 17 *de l'ordonnance de* 1731. On appelait ces donations institutions contractuelles. *V.* Boucheul, *Traité des conventions de succéder*: c'est, dit-il, chap. 25, n° 1, une succession conventionnelle et par contrat. Delaurière, *Traité des institutions contractuelles*, ch. 4, n° 120, dit: Le principal effet de l'institution contractuelle est de faire un véritable héritier, saisi de plein droit comme les héritiers du sang. — (3) Rapporté dans le *Nouveau Répertoire*, v° Droits successifs, n° 9.

1806, par la Cour d'appel d'Amiens, dont l'arrêt fut confirmé le 1er décembre suivant.

La raison de douter était que l'art. 841 n'assujettit au retrait successoral ou action en subrogation, que la vente faite par un cohéritier.

Les raisons de décider, développées avec sa force ordinaire par le savant procureur général Merlin, furent qu'un étranger, qu'un cohéritier a mis en sa place, en lui faisant, par contrat de mariage, une donation universelle de tous ses biens, est devenu cohéritier par cette donation; que la loi 128, *de R. J.*, répute héritiers tous ceux qui succèdent à titre universel; que le donataire universel, par contrat de mariage, tient lieu d'héritier, parce qu'il est soumis aux dettes, même *ultrà vires*, lorsqu'il n'accepte pas sous bénéfice d'inventaire, et qu'il peut être convenu par action personnelle;

Qu'enfin, la preuve qu'un pareil donataire est compris sous la dénomination *d'héritier* dans l'article 841, est que cet article se trouve dans la section *de l'action en partage*, qui seule, de tout le Code civil, règle, soit quant au fond, soit quant à la forme, les partages de droits successifs; que c'est par conséquent dans cette section, et que ce n'est que dans cette section, qu'ils peuvent et doivent trouver les dispositions qu'ils ont à suivre, pour partager, avec les héritiers du sang, les droits qui sont indivis entre eux.

Or, dans cette section, pas un seul article, pas un seul mot sur les donataires à titre universel. Il faut donc nécessairement leur appliquer tous les articles de cette section où figure l'expression *cohéritiers :* d'où il résulte que si, par la force des choses, on est obligé d'étendre aux donataires à titre universel tout ce que portent sur les cohéritiers les vingt-six articles précédens, on est également obligé de leur étendre la disposition de l'art. 841.

Ainsi, comme le disait la Cour d'Amiens, l'expression *cohéritiers* n'est point limitative, mais démonstrative dans cet article.

En appliquant ces raisons, et la conséquence qui naît de l'arrêt du 1er décembre 1806, aux ventes faites par les autres personnes qui tiennent lieu d'héritier, et l'application paraît parfaitement juste, il en résulte que les héritiers du sang peuvent exercer le retrait successoral sur les ventes ou cessions de droits indivis, faites à un étranger par des enfans naturels, par des héritiers institués, et par des légataires universels ou à titre universel (*a*).

441. Voyons maintenant, c'est l'autre question que nous nous

(*a*) Comp aussi Zachariæ, tome 2, § 359 *ter*, note 16. L'héritier, qui a renoncé à la succession pour s'en tenir à un don, ne peut plus exercer le retrait. Bourges, 29 janvier 1827; Sirey, 28, 2, 70; Dalloz, 27, 2, 122.

proposions d'examiner, si les personnes qui tiennent lieu d'héritier peuvent exercer le retrait successoral sur les ventes faites, soit par l'une d'elles, soit par les héritiers du sang, avec lesquels elles ont un partage à faire.

S'il est vrai comme nous l'avons prouvé par les raisons qui ont déterminé l'arrêt de la Cour suprême, du 1er décembre 1806, s'il est vrai que ces personnes soient censées comprises dans la disposition de l'art. 841, cette question doit être résolue affirmativement.

C'est pourquoi M. Merlin, dans ses conclusions, affirma sans balancer que, si les enfans de François Fournier-Wargemont avaient vendu leurs droits à un étranger, la dame Savourey, leur belle-sœur, aurait pu exercer le retrait successoral sur ces ventes, parce qu'elle était, à leur égard, *loco hæredis*, et que, par conséquent, elle devait avoir les mêmes droits que si elle était leur cohéritière de nom, comme elle l'était réellement et quant aux effets.

Il faut donc dire que les enfans naturels, les héritiers institués, les légataires universels ou à titre universel, peuvent exercer le retrait successoral et y concourir, sur les ventes ou cessions de droits successifs faites soit par l'un d'entre eux, soit même par les héritiers du sang; c'est une conséquence nécessaire des principes consacrés par la Cour de cassation (1).

Cette conséquence paraîtrait d'abord éprouver quelque difficulté à l'égard des légataires à titre universel, qui ne jouissent pas du droit

(1) Ces décisions sont en effet des conséquences du principe que tous les successeurs à titre universel sont considérés comme héritiers, *hæredis loco habentur*. C'est aussi l'avis de M. Chabot, tome 3, pages 182 et 191.— [*V.* aussi Zachariæ, tome 2, § 359 *ter*; Duranton, tome 7, no 186. Rej. 8 juin 1826; Sirey, 26, 1, 399; *id.*, 2 décembre 1829; Sirey, 30, 1, 29; Dalloz, 30, 1, 16; *id.*, 5 décembre 1831; Sirey, 31, 1, 133; *id.*, 15 mars 1831; Sirey, 31, 1, 183; Dalloz, 31, 1, 109; Bastia, 23 mars 1835; Sirey, 35, 2, 249; Dalloz, 35, 2. 58.] — Mais en y réfléchissant, je ne puis m'empêcher de douter qu'il soit dans l'esprit de l'art. 841 d'appliquer cette maxime au retrait successoral ou droit de subrogation, droit exorbitant du droit commun. Malheureusement, la rédaction de cet article est si laconique, si imparfaite, qu'elle a donné et donnera lieu à beaucoup de contestations, sans remplir entièrement le but du législateur. *V. suprà*, no 436. —[Mais alors si cette interprétation du mot cohéritier n'est pas exacte dans cette seconde hypothèse, elle ne l'est pas non plus dans la première. Il n'est pas présumable que cette expression soit employée deux fois dans le même article et dans la même phrase, avec un sens différent. Le légataire de l'usufruit, de l'universalité ou d'une quote part d'une succession est passible du retrait. Riom, 13 avril 1818; Sirey, 18, 2, 198; Dijon, 8 juillet 1826; Sirey, 29, 2, 157. Rej., 17 juillet 1843; Journ. du Palais, tome 2, 1843, page 315. Comp. toutefois Paris, 2 août 1821; Sirey, 22, 2, 29; Dalloz, 12, 497; Nîmes, 30 mars 1830; Sirey, 30, 2, 185; Dalloz, 28, 2, 182; Bourges, 4 mars 1843; Journ. du Palais, tome 1, 1844, page 156; Zachariæ, tome 2, § 359 *ter*, note 17. Ainsi, il ne peut l'exercer Comp. Merlin, *Répert.*, vo Droits successifs, Proudhon, de l'*Usufruit*, tome 2, page 746; Zachariæ, *ibid.*, note 20. *V.* toutefois Bastia, 23 mars 1835; Sirey, 35, 2, 349; Dalloz, 35, 2, 58.]

d'accroissement; mais ils sont comme les légataires universels, *loco hæredis;* ils sont, comme eux, tenus des dettes et charges de la succession personnellement pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout (1012).

Mais si la vente était faite par l'un d'entre eux à un parent qui eût succédé *ab intestat* au défunt, s'il n'y avait pas eu de légataires universels, et non pas à un étranger, ce parent ne pourrait être écarté par l'autre légataire universel, parce que l'art. 841 ne s'applique point au successible qui s'est rendu cessionnaire du droit d'un autre (*a*).

Il en serait de même, si la vente était faite à l'un des légataires.

442. Après avoir examiné comment les personnes qui tiennent lieu d'héritier exercent le retrait successoral, il faut voir comment l'exercent entre eux les cohéritiers légitimes, de manière à ne pas donner atteinte à la disposition de l'art. 733, qui ne veut pas qu'il se fasse aucune dévolution d'une ligne à l'autre, que lorsqu'il n'existe pas de successible dans l'une des deux lignes.

Le mot cohéritier, appliqué aux successions légitimes, comprend, dans son acception la plus étendue, les héritiers de la ligne paternelle et ceux de la ligne maternelle.

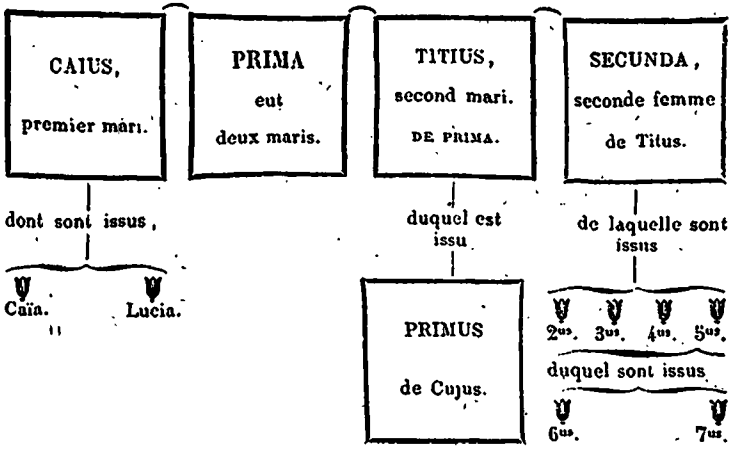
Ils sont tous cohéritiers jusqu'au partage qui doit opérer la division des biens entre les deux lignes; mais, après ce partage, les héritiers d'une ligne deviennent étrangers au second partage, qui doit se faire entre les héritiers de l'autre ligne, de la moitié des biens qui leur est échue par le premier partage, et qui leur est affectée par la loi.

Dans ce second partage, on ne peut comprendre, sous l'expression de cohéritiers, que les héritiers de la ligne qui ont droit aux biens à partager, ou leurs représentans, dans le cas où la représentation est admise.

Il faut rendre ceci sensible par un exemple.

---

(*a*) Cette décision ne me paraît pas devoir être suivie. L'héritier légitime, qui est exclu de la succession par l'institution de légataires universels, n'est point un *successible* dans le sens de l'art. 841, parce qu'il ne prend point part à la succession. Comp. Nîmes, 3 mai 1827; Sirey, 28, 2, 267; Dalloz, 28, 2, 219. Rej., 2 décembre 1829; Sirey, 30, 1, 29; Dalloz, 30, 1, 16. Le successible, qui renonce à la succession pour s'en tenir à un don ou à un legs particulier, est passible du retrait. Chabot, sur l'art. 841, n° 7; Zachariæ, tome 2, § 359 *ter*. Il n'en est pas de même du cohéritier qui avait antérieurement cédé ses droits successifs. Amiens, 11 janvier 1839; Sirey, 39, 2, 384. Dalloz, 39, 2, 203; Journ. du Palais, tome 2, 1839, page 148.




Primus meurt, laissant pour héritiers dans la ligne maternelle Caïa et Lucia, ses sœurs utérines; et dans la ligne paternelle Secundus, Tertius et Quartus, ses frères consanguins; et enfin Sextus et Septimus, ses neveux, représentant Quintus, leur père, aussi frère consanguin du défunt.

Les sœurs utérines, les frères consanguins et les neveux de Primus sont tous compris sous l'expression générale de cohéritiers, parce que tous sont intéressés dans le premier partage de la succession de Primus entre les deux lignes.

Mais si l'on parle du second partage, ou de la subdivision à faire dans chaque ligne de la moitié des biens qui lui est affectée, l'expression de cohéritiers ne peut plus comprendre que les héritiers de cette ligne, et non ceux de l'autre ligne, qui n'ont aucun droit aux biens qui sont l'objet de cette subdivision.

Supposons que Secundus ait cédé son droit à un étranger; Tertius et Quartus, et les enfans de Quintus, remboursent le cessionnaire pour l'écarter du partage. Caïa et sa sœur prétendent concourir à ce remboursement, parce que l'article 841 accorde ce droit à tous les cohéritiers. Admettre leur prétention, ce serait les faire entrer dans un partage auquel elles n'ont aucun droit, puisqu'il ne peut s'effectuer que dans un temps où l'indivision entre les deux lignes aura cessé; ce serait enfin violer l'un des principes fondamentaux de l'ordre de succéder établi par le Code, art. 733, qui ne permet pas que les héritiers d'une ligne prennent part aux biens de l'autre ligne, tandis qu'il existe des parens de cette ligne (1).

(1) C'est aussi l'opinion de M. Chabot, tome 3, page 193, no 17.

Or, pour fixer le vrai sens d'une loi, il faut en combiner et en réunir les dispositions; il ne faut pas saisir un sens qui mettrait en contradiction un article avec un autre article; il faut prendre le sens qui les accorde et les tient en harmonie, le sens qui se trouve conforme à l'esprit de la loi et à l'équité.

Si l'on prenait dans l'acception la plus générale l'expression de cohéritier employée dans l'article 841, en faisant sous ce prétexte participer Caïa et sa sœur au remboursement du cessionnaire de Secundus, ce serait un moyen d'introduire les héritiers d'une ligne dans le partage des biens de l'autre ligne, auxquels ils sont étrangers, et l'on ne saurait dire, en admettant cette prétention, dans quelle proportion ils pourraient participer au remboursement, puisque la loi ne leur donne aucun droit à ces biens.

Il faut donc restreindre l'acception du mot cohéritiers à ceux qui ont droit aux biens du partage, dont on veut exclure l'étranger cessionnaire.

Il faut le prendre dans l'acception que lui a donnée le Code, dans l'art. 786, qui porte que la part de l'héritier renonçant accroît à ses cohéritiers, et que, s'il est seul, elle est dévolue au degré subséquent.

Ici le mot cohéritier ne comprend que ceux qui ont droit aux biens auxquels renonce l'habile à succéder. Sa renonciation ne profite point aux héritiers de l'autre ligne, ni à ceux de la même ligne qui n'auraient aucun droit à ces biens.

Par exemple, dans le tableau ci-dessus proposé, si Sextus renonçait à la succession de Primus, non-seulement Caïa et sa sœur, héritières maternelles, ne pourraient prétendre aucun droit d'accroissement à la part de Sextus, de laquelle elles sont formellement exclues par la loi, mais encore Secundus et les deux autres oncles de Sextus n'y pourraient également rien prétendre, parce qu'ils ne sont pas ses *cohéritiers* dans les biens qui écherront à lui et à son frère Septimus, par représentation de Quintus, leur père, et que ses oncles sont étrangers au partage de ces biens.

Le mot cohéritiers doit avoir le même sens dans l'art. 841, parce qu'il y a même motif de décider dans l'un et l'autre cas, parce qu'entendu de cette manière, il tient en accord tous les articles de la loi, et un seul résout toutes les difficultés qui pourraient naître dans l'application aux cas particuliers.

Après cette explication naturelle, si l'on demande quels sont ceux qui ont la faculté d'exclure du partage le cessionnaire des droits de l'un des héritiers, la réponse est facile; ce sont d'abord ceux à qui aurait accru la part héréditaire de cet héritier, si, au lieu de vendre son droit, il avait renoncé à la succession.

Les héritiers de l'autre ligne, ceux qui n'auraient pas profité de la renonciation, ne peuvent demander à concourir au remboursement avec les héritiers de la ligne du cédant. Cette prétention deviendrait pour les demandeurs un moyen de dévolution des biens d'une ligne à l'autre, un moyen d'introduire forcément les demandeurs dans un partage dont ils sont exclus.

443. Si le cédant est seul dans sa ligne, ou bien si les cohéritiers de sa ligne, ceux auxquels sa renonciation eût profité, ne veulent pas exercer le remboursement, les héritiers de l'autre ligne peuvent rembourser le cessionnaire, pourvu que ce soit avant le partage consommé entre les lignes, parce qu'ils sont alors cohéritiers du cédant, et parce qu'ils ont intérêt d'écarter l'étranger du partage (1).

Mais si la cession était postérieure au partage consommé entre les lignes les héritiers de la ligne paternelle ne pourraient pas rembourser le cessionnaire des droits d'un héritier de la ligne maternelle, parce qu'ils ne seraient plus les cohéritiers du cédant, parce qu'ils n'auraient plus d'intérêt à exclure un étranger d'un partage auquel ils ne sont pas admis (*a*).

444. Si l'un des héritiers de la ligne paternelle cédait son droit à un héritier de la ligne maternelle, les héritiers de la ligne paternelle ne pourraient rembourser le cessionnaire, parce que l'art. 841 n'accorde cette faculté qu'envers la personne qui n'est pas successible.

Si la cession était postérieure au partage consommé entre les li-

---

(1) *V.* Denevers, an XIII, page 489.— (*a*) Je pense avec M. Toullier que, lorsque la succession a été divisée entre les deux lignes paternelle et maternelle, le cohéritier de l'une des lignes ne peut exercer le retrait contre le cessionnaire d'un des cohéritiers de l'autre ligne. Mais j'ai peine à croire que, lorsque cette division n'a pas encore eu lieu; le cohéritier, qui n'appartient pas à la même ligne que le cédant, ne puisse exercer le retrait qu'autant que le cédant est seul dans sa ligne, ou que les cohéritiers de sa ligne auxquels sa renonciation eût profité, refusent d'opérer le remboursement? La division de la succession en deux moitiés dans les cas prévus par l'art. 733 n'a pas pour effet de créer des hérédités distinctes, il n'empêche pas que les successibles de l'une des deux lignes ne soient cohéritiers, à l'égard les uns des autres. Autrement il faudrait aller jusqu'à dire que la cession faite entre successibles appartenant à des lignes différentes serait passible du retrait. Or, cette décision est évidemment insoutenable (n° 444). Il y a plus, les successibles des deux lignes sont cohéritiers jusqu'au partage (*V.* n° 442, § 3). Conséquemment ils doivent pouvoir exercer le retrait contre les cessionnaires de tous les successibles à quelque ligne qu'ils appartiennent. Ils y ont d'ailleurs intérêt. Enfin la loi ne subordonne point leur action à l'une de ces circonstances que le cédant est seul de sa ligne, ou que les cohéritiers, appelés à succéder à son défaut, refusent d'opérer le remboursement. Comp. Paris, 14 février 1831; Sirey, 34, 2, 650; Dalloz, 34, 2, 56; Duranton, tome 7, n° 188; Delvincourt, tome 2, note 8 de la page 45, Zachariæ, tome 2, § 359 *ter*. Comp. encore Bordeaux, 5 février 1841 (cet arrêt se trouve rapporté avec l'arrêt de rej. du 23 novembre 1842, Journ. du Palais, tome 1, 1843, page 625).

gnes, la question souffrirait de la difficulté, parce qu'alors les héritiers d'une ligne sont devenus étrangers à ceux de l'autre ligne.

445. Si l'héritier dans une ligne cédait son droit au parent qui eût succédé en la place du cessionnaire (*a*), si ce dernier était décédé ou renonçant; par exemple, si un père cédait son droit à son fils, les héritiers dans l'autre ligne ne pourraient pas le rembourser, sous le prétexte que l'art. 841 porte que toute personne, même parente du défunt, peut être remboursée si elle n'est pas son successible, parce qu'il faut accorder cet article avec l'art. 733, qui ne veut pas qu'il se fasse de dévolution des biens d'une ligne à l'autre, tandis qu'il se trouve des parens dans le degré successible.

La cession, en pareil cas, n'a d'autre effet que la renonciation *in favorem alicujus data*. Le cessionnaire n'a pas besoin de s'aider de la cession pour venir partager avec les héritiers de l'autre ligne; il lui suffit de prouver sa parenté (1). Comment donc pourrait-il être exclu (*b*)?

446. Le cessionnaire gratuit ne pouvant être remboursé, ne peut être exclu du partage (*c*) : ce qui est conforme aux lois *per diversas et ab Anastasio*. Mais il paraît résulter de l'arrêt de la Cour de cassation, du 1er décembre 1806 (*voy.* ci-dessus n° 441), que si ce cessionnaire qui tient lieu d'héritier vendait son droit, l'acquéreur pourrait être écarté.

447. Si, après avoir partagé, les héritiers laissaient des immeu-

(*a*) Il faut lire : *du cédant*. — (1) Ceci n'est pas exact, dans les cas où il n'y a point de séparation entre les lignes. Supposons trois frères cohéritiers dans la succession de leur père; l'un d'eux cède son droit à son fils; celui-ci peut-il être exclu par ses deux oncles? La difficulté consiste en ce qu'il n'est pas successible pendant que son père vit; car on ne représente point une personne vivante. La lettre de l'article est donc favorable à l'exclusion, quelque contraire à l'équité que puisse paraître une pareille exclusion.— (*b*) Parce qu'il n'est pas héritier et qu'il ne peut venir à partage qu'en vertu de la cession qui lui a été faite par son père. Tout cessionnaire est passible du retrait, alors qu'il n'est pas successible. Sa qualité de parent du défunt ne suffit pas pour l'en exempter. Et qu'on ne dise pas qu'en exerçant dans l'espèce le retrait, on viole l'art. 733 qui ne veut pas qu'il se fasse de dévolution d'une ligne à l'autre, tant qu'il se trouve des parents au degré successible. Cette disposition est tout-à-fait étrangère à la matière qui nous occupe. Tout ce que l'on doit considérer pour appliquer l'art. 841, c'est la qualité de cohéritier dans le cédant, celle de non-successible dans le cessionnaire; dans l'espèce, il n'est pas douteux que cette double circonstance se vérifie. *Secùs* dans le cas où le père aurait renoncé purement et simplement. Le retrait peut être exercé contre le mari de la femme qui est elle-même héritière, bien qu'en cette qualité de mari les autres héritiers ne puissent l'empêcher d'arriver au partage. Pau, 10 juin 1830; Sirey, 31, 2, 52; Dalloz, 31, 2, 27. Rejet, 25 juillet 1844; Sirey, 44, 1, 614. Ce dernier arrêt a été rendu dans une affaire où j'avais été consulté, et conformément à l'opinion que j'avais émise dans ma consultation. — (*c*) Encore qu'il fût acquéreur des droits successifs d'un autre cohéritier. Toulouse, 7 mai 1840; Sirey, 40, 2, 347; Journal du Palais, tome 2, 1840, page 89.

bles indivis, le cessionnaire de la portion de l'un des héritiers ne pourrait être écarté, attendu que, dans ce cas, il ne s'agit pas de la cession d'un droit à la succession; il n'y a que le cessionnaire à titre universel, et non le cessionnaire à titre particulier, qui puisse être écarté. La vente ou cession d'une portion indivise, dans des corps certains et déterminés, n'est point soumise à l'action en subrogation ou retrait successoral. Il faut que la vente ait pour objet une quote part de droits successifs, et non une quote part dans tels biens, par exemple, dans les immeubles (1). Si un héritier vendait la moitié ou le quart de son droit héréditaire, l'acquéreur pourrait être écarté; *secùs*, s'il vendait son droit dans des immeubles restés indivis, même antérieurement à aucun partage (2).

448. Le cessionnaire étranger ne pourrait encore être écarté, si les autres héritiers avaient approuvé le transport en traitant avec lui; car l'action en subrogation étant établie en leur faveur, ils sont libres d'y renoncer; et l'admission qu'ils font du cessionnaire, en le recevant à la place de leur cohéritier, et en agissant avec lui en qualité de cessionnaire, équivaut à une renonciation, pourvu qu'on voie dans la conduite des héritiers une intention bien marquée de reconnaître les droits du cessionnaire : s'ils étaient obligés de concourir avec lui pour des opérations nécessaires, telles qu'un inventaire, une levée de scellé, ils ne devraient le faire que sur des protestations et des réservations de leurs droits. Le délai dans lequel l'action en subrogation doit être exercée n'ayant point été fixé, elle peut l'être tant que le partage n'est pas fait, pourvu que les demandeurs n'y aient pas renoncé expressément ou tacitement, comme on vient de le dire; par exemple, en partageant avec lui les revenus des biens indivis (*a*).

---

(1) Chabot, sur l'art. 841; jugement du tribunal civil de Paris, du 9 ventôse an XII; Sir., an XII, 2e part., p. 121 et 122. arrêt de la Cour d'appel de Rouen, du 24 mars 1806, Sir., an 1806, p. 140; Denevers, an XIV, p. 558, an 1808, p. 227, *Vid. infrà*. l'arrêt de la Cour de cass., du 1er mars 1806, Denevers, an 1808, p. 689.— (? *V.* l'arrêt de la C. de cass., du 22 avril 1808, Denev., an 1808, p. 227, 1re part. —(*a*) Cette opinion n'est pas sans difficulté. Il se peut, en effet, comme le font observer MM. Duranton, tome 7, no 203, et Zachariæ, *loc. cit.*, que les héritiers n'aient pas dans le premier moment des données assez précises sur l'hérédité pour savoir s'il leur serait avantageux d'exercer le retrait. Il se peut aussi qu'ils ne s'attendent pas de la part du cessionnaire à des prétentions à raison desquelles il leur importerait de l'écarter du partage. *V.* en ce sens, rej. 14 juin 1820; Sirey, 21, 1, 92; Dalloz, 21, 1, 39; Bourges, 19 janvier 1830; Sirey, 30, 2, 146; Dalloz, 30, 2, 65. Rej. 15 mai 1833, Sirey, 33, 1, 369; Dalloz, 33, 1, 212. Comp. Orléans, 18 mai 1839; Sirey, 39, 2, 386; Dalloz, 39, 2, 260, Journ. du Palais, tome 2, 1839. page 405. Ce droit leur appartient, même après la consommation du partage, si la cession a été tenue cachée, et si le cédant a continué de figurer dans les opérations du partage. Rej. 4 décembre 1820, Sirey, 22, 1, 174.

449. Le but de l'art. 841 étant d'écarter du partage les étrangers qui pourraient porter le trouble dans la famille, il est évident que la cession postérieure au partage n'est pas soumise au remboursement.

Cependant, s'il y avait une demande en rescision ou en nullité de partage, l'étranger qui aurait acquis les droits successifs de l'un des héritiers, depuis cette demande, pourrait être remboursé (1), afin de l'écarter tant de la discussion que du nouveau partage qui peut être ordonné; car il aurait acquis des droits litigieux qui l'autoriseraient à s'immiscer dans la succession et dans les secrets de la famille.

Mais s'il avait acquis avant la demande en rescision, il nous paraît qu'il ne pourrait être remboursé depuis cette demande, car il n'aurait acquis que des corps certains, et non une portion indivise; il n'aurait pas acquis des droits litigieux.

Enfin, si l'étranger, après avoir acquis de l'un des cohéritiers depuis le partage, voulait exercer la demande en rescision que son vendeur lui aurait cédée, il pourrait être écarté, en vertu de l'art. 1699, comme acquéreur de droits litigieux, en lui remboursant le prix réel de la cession, les frais, les loyaux coûts et les intérêts, à compter du jour où il aurait payé le prix de la cession à lui faite.

450. Les héritiers qui se font subroger doivent rembourser au cessionnaire non-seulement le prix de la cession (*a*), mais encore les frais et loyaux coûts du contrat. M. Chabot, page 197, pense même qu'ils doivent y ajouter les intérêts du prix principal, à compter du jour du paiement, et cette opinion équitable est conforme à la loi *per diversas*. Ils ne sont point obligés de faire des offres réelles en formant l'action en subrogation, puisque l'article 841 ne l'exige pas.

451. Au reste, les héritiers subrogés profitent des avantages éventuels qui se sont réalisés dans l'intervalle de la cession à la subrogation. Ils entrent dans tous les droits du cessionnaire, et sont censés avoir traité directement avec le cédant.

Si la cession a été consentie pour une rente viagère, les héritiers subrogés ne sont tenus de rembourser au cessionnaire que les arrérages qu'il a payés, et de continuer le service de la rente. Si le

(1) Chabot, *ibid.*, page 190.— (*a*) Ils ne sont tenus que de rembourser le prix réellement payé : ils peuvent par conséquent prouver, même par témoins ou par présomptions, que ce prix est inférieur à la somme énoncée dans l'acte de cession. Duranton, tome 7, n° 195; Zachariæ, *loc. cit.*, note 26; Aix, 5 déc 1809 : Sirey, 12.2, 379; Dalloz, 12, 498; Paris, 14 février 1834; Sirey, 34, 2, 650; Dalloz, 34, 2, 56; Bastia, 23 mars 1835; Sirey, 35, 2, 349; Dalloz, 35, 2. 58. Ils peuvent aussi déférer au cessionnaire le serment décisoire. Bourges, 16 décembre 1833; Sirey, 34, 2, 652, Dalloz, 34, 2, 99. Le cessionnaire est complétement désintéressé par le remboursement du prix de la cession : il ne peut exercer une action en garantie contre son vendeur pour cause d'éviction. Cass., 15 mai 1844, tome 1, 1844, page 736.

créancier de la rente était décédé soit avant, soit après l'action en subrogation, les héritiers subrogés profiteraient de l'extinction de la rente, et ne seraient obligés qu'au remboursement des arrérages échus jusqu'au décès du créancier (1).

## SECTION II.

*Des rapports.*

SOMMAIRE.

452. Pourquoi ils sont établis; en quoi ils consistent.
453. Division de la matière.

452. Les rapports ont pour objet de maintenir entre les héritiers l'égalité naturelle qui serait blessée, si l'un des héritiers pouvait retenir les dons ou réclamer les legs à lui faits par le défunt, et partager également le surplus des biens avec les autres héritiers.

C'est donc un principe fondé sur l'équité (2), que tout héritier direct ou collatéral, même bénéficiaire, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers, c'est-à-dire remettre ou laisser à la masse des biens à partager, tout ce qu'il a reçu du défunt par donations entre vifs ou à cause de mort, directement ou indirectement (article 843).

453. Nous examinerons par qui, quand et à qui les rapports sont dus; quelles choses sont ou ne sont pas sujettes à rapport; comment se font les rapports, et quel est leur effet.

### § I.

**Par qui et quand le rapport est dû**

SOMMAIRE.

454. Tout héritier donataire ou représentant du donataire doit rapporter.
455. Comment le donateur peut dispenser du rapport.
456. La dispense est présumée, quand les donations ne sont pas faites à la personne même de l'héritier.
457. Des dons faits à des époux dont l'un est successible.
458. Dons faits à celui dont le successible doit hériter, ne sont rapportables.
459. *Secùs*, si l'héritier du donataire le représente dans la succession du donateur.
460 C'est la qualité de représentant, et non celle d'héritier du donataire, qui soumet au rapport.

(1) *V.* l'arrêt Wargemont, dont nous avons parlé n° 440, et rapporté dans le *Nouveau Répertoire*, v° Droits successifs, n° 9. *V.* aussi Chabot, tome 3, page 198. — [Si la cession avait eu lieu sous forme d'échange, le cessionnaire devrait se contenter de la restitution de la valeur estimative de l'objet par lui donné en échange. Duranton, tome 7, n° 197; Zachariæ, tome 2, § 359 *ter*, note 27. Rej., 19 octobre 1814; Sirey, 15, 1, 112; Dalloz, 12, 492.] — (2) *Hic titulus manifestam habet æquitatem.* Leg. 1, *ff. de collat. bon.*, 37, 6

461. Le donataire devenu successible doit rapporter, mais non le légataire universel ou héritier institué.
462. Celui qui renonce à la succession est dispensé du rapport.
463. Le rapport se fait à l'ouverture de la succession du donateur.
464. Du rapport de la dot faite par le mari seul ou par les deux époux

454. La règle générale assujettit au rapport tout donataire héritier (1) direct ou collatéral, même bénéficiaire, ou son représentant.

L'obligation de rapporter n'est imposée qu'à celui qui joint à la qualité de donataire celle d'héritier du donateur, ou qui joint à la qualité d'héritier celle de représentant du donataire, quand même il n'aurait pas profité du don.

455. Mais le donateur peut dispenser l'héritier donataire du rapport (2), en exprimant dans l'acte que les donations on legs sont faits expressément à titre de préciput et hors part, ou avec dispense de rapport (843, 844, 919).

L'héritier venant à partager peut alors retenir ou réclamer les dons qui lui ont été faits par le défunt, jusqu'à concurrence seulement de la quotité disponible.

La déclaration que le don ou legs est à titre de préciput et hors part, peut être faite en d'autres termes équivalens (3), pourvu qu'ils indiquent, d'une manière non équivoque, que telle a été la volonté du donateur.

Elle peut même être faite par un acte postérieur à la donation, pourvu qu'il soit dans la forme des dispositions entre vifs ou testamentaires (art. 919), car c'est ajouter au don déjà fait que de l'exempter du rapport.

456. La volonté de donner par préciput, ou hors part, est même présumée de droit, toutes les fois que les donations ne sont pas faites à la personne même de l'héritier, à moins que le donateur n'ait exprimé une volonté contraire (4); car sa volonté est toujours la règle qu'on doit suivre, lorsqu'elle n'est pas contraire à la disposition de la loi.

Or, il est assez évident que le donateur n'a pas voulu soumettre son héritier à rapporter un don qu'il ne lui a pas adressé personnellement.

C'est donc un principe général que l'héritier n'est tenu de rapporter que les dons qui lui ont été faits personnellement.

---

(1) Quand même la donation serait faite antérieurement au Code, sous l'empire d'une coutume qui dispensait les collatéraux du rapport. *V.* un arrêt de la Cour de cassation, du 5 mai 1812, Sirey, tome XIII, page 17. — [Comp. rej., 22 avr. 1839; Sirey, 39. 18, 587; Dalloz, 39, 1, 204.]— (2) *Nisi expressè designaverit se velle non fieri collationem. Nov.* 18, *cap* 6. — (3) Chabot, sur l'art. 843, n° 7. p. 209. *V.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 26 août 1812, Sirey, tome XII, page 386 et suiv. — (4) Treilhard, *Exposé des motifs*, tome 4, page 171, édit. de Didot.

Il en résulte que les dons faits soit à l'héritier du successible, soit à son époux, soit à une personne dont il hérite, ne sont point soumis au rapport.

Ainsi, les dons et legs faits au fils de celui qui se trouve successible à l'époque de l'ouverture de la succession, sont toujours réputés faits avec dispense du rapport.

Le père venant à la succession du donateur n'est pas tenu de les rapporter (847), quoique par accident il ait profité de la donation; par exemple s'il avait, en tout ou en partie, hérité de son fils mort avant le donateur.

Ainsi encore, les dons et legs faits au conjoint d'un époux successible, sont réputés faits avec dispense du rapport (1).

457. S'ils ont été faits conjointement à deux époux dont l'un seulement est successible, celui-ci en rapporte la moitié; au lieu que s'ils n'étaient faits qu'à l'époux successible, il serait tenu de les rapporter en entier (art. 849), quand même, par l'événement, il n'en aurait pas profité; par exemple, le don mobilier fait à la femme successible qui a renoncé à la communauté à la mort de son mari décédé avant le donateur, n'en doit pas moins être rapporté en entier.

Comme aussi la femme ne serait tenue à aucun rapport, si le don avait été fait à son mari, quoique, par l'événement, elle en eût profité en totalité, tant en qualité de commune en biens que de donataire de son mari.

La loi ne considère point le profit éventuel que l'époux successible retire ou peut retirer du don fait à l'autre époux : il suffit que ce don n'ait pas été personnellement adressé au premier, pour qu'il soit dispensé de tout rapport.

Ses cohéritiers n'ont point à s'en plaindre, puisque le donateur n'avait pas besoin de masquer l'avantage qu'il voulait faire au conjoint successible (2). Il pouvait lui donner ouvertement et par préciput.

458. Ainsi enfin, les dons faits au père du successible, ou, à une autre personne dont il doit hériter, sont dispensés du rapport, lorsque le successible vient de son chef à la succession du donateur (848).

Dans ce cas, comme dans les précédens, la loi ne considère point l'avantage que le successible peut retirer de la donation faite à celui dont il hérite; il est dispensé du rapport, quand même il aurait accepté la succession du donataire, dans laquelle il a retrouvé les choses données.

(1) Ceci est conforme à un arrêt du Parlement de Paris, du 12 juillet 1759, rapporté dans le *Nouveau Denisart*, v° Avantage indirect, tome 2, page 551. — (2) Chabot, sur l'art. 849.

Le motif de cette disposition, ainsi que des précédentes, est que le donateur est censé dispenser du rapport celui à qui il n'a pas personnellement adressé la donation.

459. Mais si le fils du donataire ne venait à la succession du donateur que par représentation de son père, il serait tenu de rapporter ce qui avait été donné à son père, même dans le cas où il aurait répudié sa succession (848), et où il n'aurait par conséquent retiré aucun avantage de la donation; parce que le représentant n'ayant pas d'autres droits que ceux du représenté, il est obligé aux mêmes rapports dont ce dernier serait tenu s'il était vivant.

460. Ce n'est donc pas la qualité d'héritier du donataire qui établit l'obligation de rapporter, mais uniquement la qualité de son représentant dans la succession du donateur. Celui qui n'a pas cette qualité de représentant ne doit pas le rapport, quoiqu'il soit héritier du donataire.

Par exemple, Titius donne entre vifs à son oncle Caïus le fonds Cornélien. Caïus meurt, et Seïus, son fils, recueille sa succession, dans laquelle il trouve le fonds Cornélien. Titius meurt ensuite, laissant pour héritier Seïus, son cousin germain, et deux autres cousins germains.

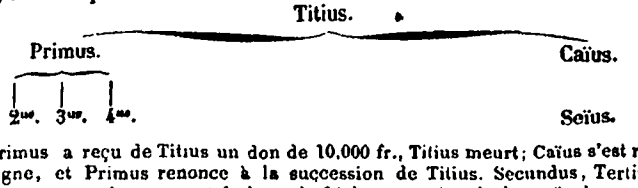
La représentation n'ayant pas lieu en ce cas, Seïus vient de son chef à la succession de Titius, et n'est point obligé d'y rapporter le don fait à son père, qu'il ne représente pas.

C'est l'espèce de l'art. 848 (1).

Il est vrai qu'en ce cas il n'y a pas d'égalité entre les souches; mais la loi n'a pas voulu établir cette égalité, puisqu'elle ordonne le partage par têtes.

Du principe que l'héritier n'est pas sujet au rapport lorsqu'il ne représente pas le donataire, il résulte que si le beau-père a fait un don à sa bru, les enfans, quoique héritiers de leur mère, dans la succession de laquelle ils trouvent les choses données, ne sont pas obligés de les rapporter à la succession de leur aïeul, à laquelle ils

(1) Autre espèce :




Primus a reçu de Titius un don de 10,000 fr., Titius meurt; Caïus s'est rendu indigne, et Primus renonce à la succession de Titius. Secundus, Tertius et Quartus, ses enfans, venant de leur chef à la succession de leur aïeul, ne seront point obligés de rapporter à leur cousin Seïus le don de 10,000 fr. fait à leur père.

viennent par représentation de leur père, qui n'était pas donataire, et qui, s'il était vivant, ne serait pas obligé de rapporter le don fait à son épouse.

Et de même, quand une femme ayant des enfans d'un premier lit se remarie, et fait un don à son second mari par son contrat de mariage, les enfans de ce second lit ne sont point obligés de rapporter le don à la succession de leur mère, parce qu'ils y viennent de leur chef, et que ce n'est point à eux personnellement que le don a été fait, quoiqu'ils l'aient recueilli peut-être dans la succession de leur père (1).

Enfin, supposons que Seïus, après avoir fait un don considérable à Caïus, son père, meure sans enfans, ni frères, ni sœurs : sa succession est dévolue à ses ascendans, et Caïus, son père, y renonce, pour s'en tenir à son don. Titius, aïeul paternel du défunt, venant de son chef à la succession, n'est point obligé de rapporter aux aïeuls maternels, qui partagent avec lui, le don fait à son fils Caïus.

C'est l'espèce inverse de celle que propose l'art. 848.

Telles sont les conséquences nécessaires du principe, que l'héritier n'est tenu de rapporter que les dons qui lui ont été faits personnellement, parce qu'alors les autres sont réputés faits par préciput.

461. Lorsque le donataire, qui n'était pas héritier présomptif lors de la donation, est devenu successible au jour de l'ouverture de la succession, on pourrait douter s'il est obligé au rapport; car il est évident que le donateur n'avait pas l'intention de l'y soumettre au moment qu'il a donné : mais aussi on peut penser qu'il n'eût pas donné s'il avait prévu que le donataire eût eu part à sa succession.

Ainsi la loi l'oblige au rapport, à moins que le donateur ne l'en ait dispensé (art. 846), soit expressément, soit d'une manière équivalente à une dispense expresse; par exemple, s'il l'avait institué son légataire universel ou son héritier; car, dans ce cas, la dispense du rapport est évidemment surabondante, et deviendrait même absurde (2).

462. L'habile à succéder qui renonce, n'ayant rien à prétendre à la masse des biens qui composent l'hérédité, n'est point obligé d'y rapporter les biens qu'il a reçus.

---

(1) Treilhard, *Exposé des motifs*, tome 4, page 171, édition de Didot, dit : De nombreuses difficultés s'élevaient autrefois sur les questions, si un fils devait rapporter ce qui avait été donné à son père, un père ce qui avait été donné à son fils, un époux ce qui avait été donné à l'autre époux; mais la source de ces contestations est heureusement tarie : les donations qui n'auront point été faites à la personne même de l'héritier, seront toujours réputées faites par préciput, à moins que le donateur n'ait exprimé une volonté contraire.— (2) Grenier, des *Donations*, tome 3, page 9, nos 485 et suiv.

Il peut retenir ces dons, quand même il ne les aurait reçus qu'à titre d'avancement d'hoirie (1), ou réclamer les legs que lui a faits le défunt, néanmoins jusqu'à concurrence de la portion disponible (845).

Si la succession est divisée en deux lignes (733), les biens donnés, que retient ou réclame l'un des héritiers de l'une des lignes, en renonçant à la succession, de même les dons qui lui seraient faits par préciput doivent être imputés sur la masse de la succession, et non pas sur la moitié affectée à la ligne dans laquelle se trouve l'héritier avantagé (2).

463. Le rapport ne se fait qu'à la succession du donateur (article 850); il est dû au moment où elle s'ouvre.

464. Il arrive cependant quelquefois que ce don ne se rapporte pas en entier à la mort du donateur, lorsque le mari dote seul, et sans le concours de sa femme, un enfant commun sur les effets de la communauté : comme dans ce cas la dot est à la charge de la communauté (1439) (3), si le mari donateur prédécède, le rapport dépend du parti que prend la veuve. Si elle accepte la communauté, le rapport se fait d'une moitié à la succession du père, et l'autre moitié à la succession de la mère.

Si la veuve renonce à la communauté, le rapport se fait en totalité à la succession du mari (4).

Si le mari donateur survit, le rapport dépend également du parti que prennent les héritiers de la femme.

S'ils acceptent la communauté, l'enfant doté rapporte la moitié du don à ses frères ou sœurs dans la succession de la mère, et l'autre moitié à la succession du père.

Si les enfans répudient la communauté, l'enfant doté ne rapporte rien qu'à la succession du père.

Si la femme a concouru à la dotation, le rapport se fait, dans tous les cas, par moitié à la succession du père et de la mère, soit que celle-ci accepte la communauté, soit qu'elle y renonce.

Mais, dans ce dernier cas, elle est obligée d'indemniser la communauté (5) de la moitié de la dot que cette société a payée en entier, quoique la moitié fût une dette de la femme.

Lorsque la dot constituée conjointement a été fournie en biens per-

---

(1) On en doutait autrefois. *V.* Chabot, sur l'art. 845; le *Répertoire*, vo Rapport à succession, § 2, art. 3, no 8.—(2) Chabot, sur l'art. 845; Grenier, des *Donations*, tome 3, page 66, no 503, 1re édition, 3 vol. in-8. — (3) *V.* Pothier, *Traité de la communauté*, no 648.— (3) Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 8, page 125, no 159. — (4) Pothier, *ubi suprà*, no 649; Duparc-Poullain, *ubi supra*, no 161. — [Et si les biens donnés sont des immeubles, le rapport doit se faire en nature à chaque succession. Bordeaux 6 décembre 1833; Sirey, 34, 2, 243; Dalloz, 34, 2, 124.]

sonnels à la mère, si elle décède avant le père, les cohéritiers de l'enfant doté ne peuvent le forcer à rapporter la totalité de la dot à la succession de la mère (1), mais seulement la moitié, sauf aux autres héritiers à exercer contre le père l'action en remploi pour l'autre moitié.

Il existe un cas où la dot n'est pas rapportable (*voy.* l'art. 1573 du Code).

## § II.

### A qui le rapport est dû.

SOMMAIRE.

465. Le rapport n'est dû qu'au cohéritier, et non aux créanciers ou légataires; et pourquoi.
466. Le créancier de l'un des héritiers peut exiger les rapports dus par les autres.
467. Cas où les créanciers de la succession peuvent exiger le rapport.
468. Le rapport n'est pas dû au légataire à titre universel.
469. L'époux donataire d'une part d'enfant par contrat de mariage, profite indirectement des rapports.
470. *Secùs*, si la donation est postérieure au mariage.
471. Comparaison des rapports avec la réduction des donations. L'habile à succéder ne peut la demander, s'il renonce à la succession.

465. Le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier; il n'est pas dû aux légataires ni aux créanciers de la succession (article 857) (2).

Le rapport n'est dû que par l'héritier *ab intestat*. Il n'est dû qu'aux héritiers *ab intestat*.

En cherchant à établir l'égalité par le moyen du rapport, la loi n'a eu en vue que les héritiers du sang, à qui la nature donne des droits égaux.

Il n'y a aucun motif pour établir l'égalité à l'égard des héritiers institués, légataires ou donataires, qui ne tiennent leurs droits ni de la nature ni de la loi, mais de la volonté de l'homme (*a*).

Le légataire qui est en même temps simple héritier *ab intestat* ne peut, en qualité de légataire, profiter du rapport auquel, en qualité d'héritier, il oblige ses cohéritiers donataires, en avancement d'hoirie.

Ainsi jugé par la Cour royale de Caen, le 20 avril 1814, confirmé par la Cour de cassation le 30 décembre 1816 (*voy.* Chabot, tome 3, page 440) (*b*).

(1) Lebrun pense le contraire. M. Chabot, sur l'art. 850, n° 5, ne trouve pas son opinion conciliable avec les dispositions du Code, et nous sommes de son avis. — (2) Les enfans naturels ont-ils droit au rapport? *V. suprà*, n° 258.— (*a*) La loi, en obligeant les héritiers au rapport, ne fait que sanctionner la volonté présumée du défunt. Elle suppose, jusqu'à preuve contraire, que les libéralités n'ont point été faites dans l'intention de déroger à l'égalité qu'elle établit entre les divers cohéritiers, et d'avantager les uns au préjudice des autres.— (*b*) *V.* encore Caen, 19 IV.

Les rapports n'étant établis que pour maintenir l'égalité entre les héritiers, les créanciers de la succession n'ont aucun droit aux biens rapportés (*a*).

Si leurs créances sont postérieures aux dons faits par le donateur, ils n'ont pu compter, pour leur sûreté, sur les biens dont leur débiteur s'était déjà dépouillé; et si elles sont antérieures, ils devaient exiger une hypothèque, et la conserver par une inscription.

Alors, au lieu d'un rapport qu'ils ne peuvent exiger, les créanciers auraient pu suivre les biens donnés, en quelques mains qu'ils eussent passé.

Si ces biens n'étaient pas soumis à l'hypothèque de leurs créances, ils ne peuvent se plaindre que le donateur en ait transmis la propriété à ses successibles, comme il eût pu la transmettre à un étranger.

466. Mais le créancier de l'un des héritiers peut exiger les rapports dus par les autres, en exerçant les droits de son débiteur, et en intervenant au partage, comme les art. 865 et 882 lui en donnent la faculté.

Si le débiteur ne peut renoncer à une succession en fraude de ses créanciers, il ne peut aussi renoncer au droit d'exiger les rapports dus par ses cohéritiers.

467. Conformément à ce principe, il y a un cas où les créanciers de la succession, devenus créanciers personnels de l'un des héritiers, peuvent, en exerçant ses droits, exiger le rapport dû par les autres héritiers. Si l'enfant donataire est héritier bénéficiaire, et l'autre enfant qui n'a rien reçu héritier pur et simple, celui-ci devient personnellement débiteur des créanciers de la succession; et s'il ne voulait pas user du droit de faire rapporter les biens donnés, les créanciers de la succession, devenus ses créanciers personnels, pourraient, en exerçant ses droits, contraindre l'héritier bénéficiaire à leur rapporter la moitié des biens qu'il a reçus (1).

468. Les légataires, même à titre universel, n'ont pas plus de droit au rapport que les créanciers (2).

Ainsi, le légataire étranger, institué même à titre d'héritier pour

---

27 mars 1822; Sirey, 22, 1, 231; Dalloz, 5, 475; Delvincourt, tome 2, note 4 de la page 40; Zachariæ, tome 4, § 630.

(*a*) L'héritier, tenu du rapport qui est en même temps créancier de la succession, ne peut imputer sa créance sur les biens qu'il rapporte. Paris, 10 août 1843; Journ. du Palais, tome 1, 1844, page 8. Comp. Rej. 9 juin 1835; Sirey, 36, 1, 63; Dalloz, 35, 1, 319. — (1) Pothier, *des Successions*, chap. 3, art. 2, § 6; Chabot, sur l'art. 857. — (2) *V.* un arrêt de la Cour d'Agen, du 28 décembre 1808, Sirey, an 1810; 2e part., pages 7 et 8. — [Comp. encore Limoges, 14 juillet 1818; Sir., 19, 2, 144; Dall., 19, 2, 7: Bordeaux, 24 avril 1834; Sir., 34, 2, 461; Dall., 36, 2, 21.]

un quart des biens, ne prélève ce quart que sur les biens existans à la mort du défunt, sans prendre part à ceux que les héritiers donataires doivent rapporter à la masse (*a*).

Ce qui fait voir que la délivrance faite au légataire ou héritier institué n'est point le partage de la succession. Ce n'est point l'action *familiæ erciscundæ*, mais l'action *communi dividundo* (*b*).

Ce n'est qu'après la délivrance des legs et le prélèvement des biens qui reviennent aux légataires, que les héritiers légitimes forment la masse qu'ils doivent partager.

469. Lorsqu'un homme, ayant des enfans d'un premier lit, après avoir, par contrat de mariage, donné à sa seconde femme la part d'un enfant le moins prenant, conformément à l'art. 1098, fait un don à l'un de ses enfans, comme la mesure de la donation de la femme dépend de la quotité des biens que recueille l'enfant le moins prenant, il est nécessaire de faire les rapports et de composer la masse pour fixer cette quotité : ainsi, dans ce cas, la femme donataire profite indirectement des rapports.

La raison qu'en donne Pothier (1), c'est que, sans cela, il serait

---

(*a*) Toutefois il pourra demander que les biens donnés entre vifs par le défunt soient apportés fictivement pour faire fixer le montant de son legs. Le principe que le rapport n'est pas dû aux légataires, ne doit s'entendre que du rapport réel. Il n'y aurait pas lieu au rapport fictif, si le testateur avait légué seulement une quote part des biens qu'il laisserait au jour de son décès. Comp. Paris, 7 mars 1840; Sir., 40, 2, 426. L'héritier qui est en même temps légataire par préciput de la quotité disponible, peut obliger ses cohéritiers à rapporter fictivement ce qui leur a été donné en avancement d'hoirie pour calculer l'étendue de cette quotité. La quotité disponible doit être calculée sur la masse totale des biens, y compris les biens donnés. La jurisprudence est fixée en ce sens depuis le fameux arrêt S^t^ Arroman. Rej. sections réunies, 8 juillet 1826; Sir., 26, 1, 313; Grenoble, 22 février 1827: Sir., 27, 2, 97; Dall., 27, 2, 160; Cass. 13 mai 1828; Sir., 28, 1, 201; Dall., 28, 1, 244. Cass. 19 août 1829; Sir., 30, 1, 101; Dall., 30, 1, 253; Rej. 8 janvier 1834; Sir., 34, 1, 12; Dall., 34, 1, 75; Cass. 2 mai 1838; Sir., 38, 1, 385; Dall. 38, 1, 185; Journ. du Palais, tome 1, 1838, page 577; Paris, 7 mars 1840; Sir., 40, 2, 426. *V.* Aussi Duranton, tome 7, nos 296 et 297; Grenier, *des Donations*, tome 2, 597 *bis;* Zachariæ, tome 4, § 630; note 11. — (*b*) Je ne vois pas quelle peut être l'utilité pratique de cette observation. Au surplus, elle ne me paraît pas fort exacte en théorie, puisque dans l'espèce le partage aura pour objet non des biens particuliers, mais une universalité juridique.—(1) Des *Success.*, ch. 4, art. 2, sect. 6, p. 481; *V.* aussi Chabot, sur l'art. 857, tome 3, page 411, no 5. *Quid*, si la femme avait été gratifiée d'une part d'enfant par testament? *V.* Chabot, *ibid.*, page 444. — [La donation faite par contrat de mariage étant irrévocable et sa quotité devant être égale à la part que l'enfant le moins prenant a eue dans les biens de son père, à quelque titre que ce soit, sans toutefois pouvoir excéder le quart de ces mêmes biens (art. 1098), il est évident que si le montant des valeurs qui forment la succession est inférieur à cette part et que les enfans y renoncent, l'époux donataire pourra faire révoquer jusqu'à due concurrence les donations qui auront été faites à des étrangers par son conjoint durant le mariage (argt. de l'art. 1083). Si les donations ont été faites aux enfans, il aura le droit de former la

au pouvoir du mari d'anéantir la donation faite à sa femme par des donations entre vifs, ou par des legs faits à ses enfans; ce qui ne doit pas être, puisque la donation faite à la seconde femme, par contrat de mariage, est irrévocable.

470. Il en serait donc autrement si le don fait à la femme était postérieur au contrat de mariage; car ce don étant toujours révocable (1096), les dons ou legs faits aux enfans contiennent une révocation ou réduction tacite de la donation faite à la femme, qui ne doit point alors profiter des rapports.

Tout ceci s'applique également au second mari donataire.

471. Il est bon d'observer, en passant, que le principe établi dans l'art. 857, que le rapport n'est dû ni aux légataires ni aux créanciers de la succession, est étendu à la réduction des donations entre vifs par l'art. 921, qui veut que cette réduction ne puisse être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, et que par leurs héritiers ou ayant-cause; mais que les donataires, les légataires ni les créanciers du défunt ne puissent *demander cette réduction ni en profiter.*

Mais nous ne pensons pas qu'il faille conclure de ces derniers mots, que l'habile à succéder puisse demander la réduction des donations, après avoir renoncé à la succession (1), car il ne peut avoir aucun droit aux biens du défunt qu'en qualité d'héritier ou en qualité de légataire; il ne peut rien prétendre à ces biens s'il renonce à la succession; il est censé n'avoir jamais été héritier (785), et conséquemment n'avoir jamais eu droit à aucune réserve. Sa part accroît à ses cohéritiers, et, s'il est seul, elle est dévolue au degré subséquent (786).

Supposons que l'un des enfans du donateur ait renoncé, et que les autres aient accepté la succession; ceux-ci forment contre les donataires l'action en réduction.

A quel titre, en vertu de quelle loi, le renonçant viendrait-il leur demander le partage des biens rentrés par la réduction?

---

même demande contre ceux qui auront reçu au-delà de leur réserve. J'ajoute que la part dont il s'agit devra se calculer en comprenant les libéralités qui auront été faites à l'enfant, à titre d'avancement d'hoirie, et celles qui auront été faites à titre de préciput. Comp. cependant Paris, 19 juillet 1833; Sir., 33 2, 297; Dall., 33, 2, 227; *id.*, 9 juin 1836; Sir., 36, 2, 354; Dall., 37, 2, 50.]

(1) Le rédacteur des observations faites par le Tribunat, lors de la discussion du Code, avança que la réduction était un droit purement personnel, qui est réclamé par l'individu comme enfant, abstraction faite de la qualité d'héritier qu'il peut prendre ou non. Mais on ne voit pas que ce principe ait été adopté; il n'a point été consacré par le Code. *V.* Grenier, des *Donations*, tome 3, no 592, pages 246 et suiv.; Chabot, tome 3, pages 281 et suiv., et ce que nous disons tome 5.

Si l'habile à succéder veut demander la réduction des donations, sans que les créanciers en profitent, il doit donc accepter la succession; et, pour se dispenser d'en payer les dettes, l'accepter sous bénéfice d'inventaire, et non pas y renoncer.

Nous reviendrons sur cette question au titre des donations.

## § III.

### Quelles choses sont ou ne sont pas sujettes à rapport.

SOMMAIRE.

472. Ce qu'il faut entendre par donations indirectes.
473. Les dons faits indirectement par l'entremise de personnes interposées sont-ils rapportables?
474. Les dons déguisés sous le voile d'un contrat onéreux le sont-ils?
475. *Quid* des avantages qu'a retirés l'héritier des renonciations faites par le défunt?
476. Énumération des cas dispensés du rapport.
477. Associations, associations universelles.
478. Frais de nourriture, entretien, etc.
479. *Quid*, si le défunt était débiteur de son héritier présomptif?
480. Les pensions ne sont dispensées du rapport que pendant la vie du donateur.
481. Distinction entre les frais d'éducation et ceux d'établissement.
482. Des livres nécessaires aux études.
483. Des dettes d'un successible payées par le défunt, des sommes pour le remplacement à la conscription militaire.
484. Des fruits et intérêts des choses sujettes à rapport.
485. Des pensions ou rentes que le défunt s'était obligé de payer.
486. *Quid* des arrérages encore dus au décès du donateur?
487. Du rapport des fruits échus depuis l'ouverture de la succession.
488. Du rapport des choses litigieuses acquises par l'un des cohéritiers.

472. Voyons maintenant quelles sont les choses que l'héritier doit rapporter.

C'est, dit l'art. 843, tout ce qu'il a reçu du défunt par *donation entre vifs*, *directement* ou *indirectement*.

L'art. 853 dit aussi que les profits que l'héritier a pu retirer des conventions passées avec le défunt, ne sont pas rapportables, si ces conventions ne présentaient aucun *avantage indirect* lorsqu'elles ont été faites.

Il faut donc voir ce que le Code entend par les avantages indirects qui sont sujets à rapport.

En général, on nomme *avantage* tout ce qui est donné à un héritier au-delà de ce que la loi lui attribue; il y a des avantages permis, d'autres qui sont prohibés.

En ligne directe, le Code permet au père de famille qui n'a que deux enfans de donner à l'un d'eux le tiers de ses biens de plus qu'à l'autre, et le quart s'il y en a trois ou un plus grand nombre : tout avantage excédant cette quotité est prohibé.

En collatérale, toute personne qui n'a point d'ascendant peut donner tous ses biens à l'un de ses héritiers présomptifs à l'exclusion des autres; ainsi, point d'avantages prohibés en collatérale.

Les avantages permis, ainsi que les avantages prohibés, peuvent être directs ou indirects : ils sont directs, lorsqu'ils sont faits ouvertement, sans aucun détour ni déguisement; ils sont indirects, lorsqu'ils sont faits par des moyens obliques employés pour déguiser le caractère ou l'existence de la donation.

Il est rare que les avantages permis soient faits d'une manière indirecte : on ne cherche point à déguiser la nature d'un acte que la loi permet de faire.

Cependant le donataire et le donateur peuvent avoir des raisons pour la déguiser; par exemple, lorsque le donateur veut se ménager les moyens de frauder la loi par un second don qu'il ne pourrait plus faire après avoir épuisé la portion disponible.

Quoique la faculté de donner soit sans bornes pour celui qui n'a ni descendans ni ascendans, le donataire peut avoir intérêt à déguiser la donation, pour éviter la révocation par survenance d'enfans.

Les moyens qu'on emploie pour déguiser les donations sont de deux espèces.

Le premier est le fidéi-commis, lorsqu'on donne à une personne interposée, avec la condition secrète de remettre à une personne incapable.

Il y a même, lorsqu'il s'agit de frauder la loi, des personnes qu'elle répute interposées.

Ainsi, l'art. 911, après avoir prononcé que toute disposition faite au profit d'une personne incapable est nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées, ajoute : Seront réputés personnes interposées, les pères et mères, les enfans et descendans, et l'époux de la personne incapable.

Le second moyen est de déguiser les libéralités sous la forme d'un contrat onéreux, ou de tout autre acte permis par les lois.

473. Le Code frappe de nullité les donations indirectes masquées sous un fidéi-commis, lorsqu'elles ont pour objet d'avantager un incapable; mais lorsqu'elles sont au profit d'une personne capable de recevoir, elles ont la même force que les donations directes, pourvu qu'elles ne dégénèrent pas en substitutions : elles sont seulement susceptibles de réduction, en cas qu'elles excèdent la quotité disponible. La loi présume qu'elles sont faites avec dispense de rapport.

Ainsi, nous avons vu que les donations faites au père, au fils ou à l'époux du successible, en sont dispensées jusqu'à concurrence de la

quotité disponible (art. 847, 848, 849, *junct.* art. 844), quoique ces personnes soient du nombre de celles que la loi répute interposées.

Il en serait de même si la personne interposée était un étranger qui n'aurait reçu que pour remettre au successible; la donation n'en serait pas moins dispensée du rapport, sauf la réduction en cas d'excès. C'est, comme nous l'avons dit ci-dessus, un principe général en matière de rapports, que les donations qui ne sont pas faites à la personne même de l'héritier, sont dispensées de rapport.

Les donations qui n'auront pas été faites à la personne même de l'héritier seront réputées par préciput, à moins que le donateur n'ait exprimé une volonté contraire (1).

Ainsi, malgré les expressions trop générales de l'art. 843, les donations indirectes, masquées sous un fidéi-commis, sont dispensées du rapport, jusqu'à concurrence de la portion disponible; ou plutôt l'expression générale de donations indirectes est parfaitement juste, si on la restreint, comme la matière paraît l'exiger, aux donations indirectes prohibées.

474. Quant aux donations indirectes, déguisées sous la forme d'un contrat onéreux ou autre acte licite, elles présentent plus de difficultés. La prohibition d'avantager en ligne directe l'héritier présomptif au-delà d'une certaine quotité, n'interdit point entre lui et celui auquel il doit succéder les actes à titre onéreux.

C'est un principe fondé sur les dispositions du Code (853—854), et qui fut reconnu dans la discussion au Conseil d'état (2).

Mais peut-on en conclure que les donations indirectes, déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, sont, comme les donations indirectes déguisées sous un fidéi-commis, dispensées du rapport jusqu'à la concurrence de la portion disponible?

La réponse paraît dépendre, au moins en grande partie, d'une autre question qui a longtemps partagé la Cour de cassation, savoir : si ces donations sont nulles par cela seul qu'elles sont déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, quoique d'ailleurs elles ne soient pas faites en fraude de la loi.

La section des requêtes les jugeait nulles, et rejetait les pourvois qu'on lui présentait contre les arrêts qui les avaient annulées.

Au contraire, si on lui présentait un pourvoi contre un arrêt qui

---

(1) Ce sont les expressions de l'orateur du Gouvernement, dans l'*Exposé des motifs de la loi*, tome 4, page 171, édition de Didot. — (2) *V.* Maleville, sur l'art. 918, tome 2, page 390; *V.* aussi un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 13 avril 1813; Sirey, an 1814, page 254.

les avait jugées valides, elle admettait la requête; mais la section civile la rejetait, parce qu'elle croyait ces donations valides.

Cette contrariété affligeante dans les arrêts de la Cour suprême a longtemps fomenté les procès, en nourrissant l'espoir des plaideurs.

Enfin la jurisprudence paraît aujourd'hui fixée : la section des requêtes a fini par adopter l'opinion consacrée par la section civile.

La Cour de Bruxelles avait annulé, le 26 mai 1806, une donation déguisée sous la forme d'un contrat de vente. Le pourvoi fut admis par la section des requêtes, contre cet arrêt, qui fut cassé par la section civile, le 19 novembre 1810 (*voy.* le Recueil de Sirey, an 1811, page 76) (1).

On peut donc désormais poser en principe que les donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, ne sont pas nulles, lorsque d'ailleurs elles ne contiennent aucune fraude à la loi.

Or, si les contrats onéreux qui servent à déguiser des donations indirectes, ne peuvent être attaqués lorsqu'il n'y a pas de fraude, ne peut-on pas en conclure qu'ils ne peuvent l'être lorsque ces donations déguisées sont en faveur d'une personne capable de recevoir, et qu'elles n'excèdent pas la portion disponible; et, par une conséquence ultérieure, qu'elles ne sont pas sujettes à rapport?

Cette conséquence dérive encore du principe que la volonté du défunt est toujours la règle qu'on doit suivre, lorsqu'elle n'est pas contraire à la disposition de la loi (2). Il est évident qu'il a voulu dispenser le donataire du rapport, puisqu'il a choisi, pour donner, la forme d'un contrat qui n'y est pas soumis.

Enfin le Code a consacré cette conséquence, en l'appliquant, dans un texte positif, à celui de tous les contrats qu'on emploie le plus ordinairement pour déguiser les donations, le contrat à charge de rente viagère ou à fonds perdu.

Le Code, ainsi que les lois antérieures (3), répute ces contrats donations déguisées, lorsqu'ils sont en faveur d'un successible; et cependant l'article 918 les dispense expressément du rapport en ce qui n'excède pas la portion disponible. *L'excédant seul, s'il y en a, sera rapporté à la masse.* Pourquoi? Parce qu'il n'y a point de fraude à la loi, quand on fait indirectement ce qu'on peut faire directement; parce qu'en choisissant, pour donner, un contrat qui n'est pas soumis au rapport, le donateur a évidemment voulu en dispenser le donataire.

Ainsi les art. 843 et 853, qui soumettent au rapport les donations

(1) *V.* trois autres arrêts conformes cités à la fin de ce numéro. — (2) Treilhard, *Exposé des motifs*, tome 4, page 171, édition de Didot — (3) Loi du 17 nivôse an II, art. 25.

indirectes, ne doivent s'entendre que des donations indirectes prohibées.

Il nous semble donc que les donations déguisées sous un contrat onéreux ne sont pas rapportables, lorsqu'elles n'excèdent pas la portion disponible, et que l'excédant seul est rapportable (1).

Cette résolution d'ailleurs a le grand avantage de tarir la source de la plupart des procès qui naissent en cette matière.

Avant de rechercher s'il existe une donation indirecte et déguisée, question toujours difficile à décider, et dont la décision est presque nécessairement conjecturale, on doit examiner d'abord si l'objet excède en valeur la portion disponible, question ordinairement facile à décider sans une discussion épineuse.

Quelque raisonnable que me paraisse cette résolution, je ne dissimulerai pas qu'elle est contraire à l'opinion de la plupart des auteurs qui ont écrit sur le Code, et de ceux même que je suis habitué à regarder comme mes guides; mais ils ont écrit avant que la jurisprudence fût fixée sur la validité des donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux : leurs raisons n'ayant point porté la conviction dans mon esprit, j'ai dû exposer les miennes, sans prétendre les donner comme meilleures.

Ils pensent que s'il était évidemment prouvé, par des circonstances non équivoques, ou par l'acte même, que le donateur, au lieu d'user du moyen que lui donnait la loi, eût fait un avantage indirect, cet avantage serait sujet à rapport, quoiqu'il ne portât que sur la portion disponible, et malgré l'intention *bien évidente* du donateur, parce qu'aux termes de l'art. 843, tous les dons sont sujets aux rapports lorsqu'ils n'en sont pas *expressément* dispensés par le donateur, et les donations indirectes ne doivent pas jouir d'une plus grande faveur que les donations directes autorisées par la loi.

La dispense du rapport ne se présume pas; elle doit être écrite; et quoique le donateur ait pu dispenser, s'il n'en a pas expressément exprimé la volonté, le rapport doit être ordonné dans tous les cas.

Je ne puis nier que les expressions de l'art. 853, *aucun avantage indirect*, comprennent, dans leur généralité, les avantages indirects permis aussi bien que les prohibés; mais il me paraît que cette expression doit être restreinte à ces derniers, et cette interprétation restrictive, je la trouve fondée sur l'esprit général du Code, et nécessaire pour accorder l'art. 853 avec l'art. 918; car enfin la vente à fonds perdu, faite à un successible, est réputée avantage indirect, et

(1) Ainsi jugé par la Cour d'appel de Colmar, le 10 décembre 1813, Sirey, an 1814, 2e part., page 289.

cependant elle est dispensée du rapport, lorsque cet avantage n'excède pas la portion disponible : donc, pour concilier ces deux articles, il faut restreindre la disposition du premier aux avantages indirects prohibés. Cette interprétation nous paraît encore fondée sur la comparaison des art. 853 et 854.

Le premier dispense du rapport les conventions passées avec le défunt, si ces conventions ne présentaient *aucun avantage indirect*, lorsqu'elles ont été faites.

Le second exempte *pareillement* du rapport, les associations faites *sans fraude* entre le défunt et l'un de ses héritiers.

Ainsi, ce que le premier appelle avantage indirect, le second l'appelle *fraude* : c'est donc l'avantage indirect *frauduleux* que la loi soumet au rapport, comme la justice l'exige. Il n'y a point de fraude, lorsque le don fait à une personne capable n'excède pas la portion disponible.

On dit que la dispense de rapport doit être expresse (843) ; qu'elle ne se présume pas dans une donation directe, et que les donations indirectes ne doivent pas jouir d'une plus grande faveur.

Mais on convient que la dispense de rapport peut être faite par équivalens, et nous avons vu qu'elle est présumée, lorsque la donation n'est pas faite personnellement à l'héritier; elle l'est encore, suivant l'art. 918, lorsque la donation est masquée sous une vente à fonds perdu.

Pourquoi donc ne le serait-elle pas dans une vente pure et simple?

Admettez qu'une pareille vente et toutes les conventions passées entre une personne et l'un de ses successibles sont sujettes au rapport, lorsqu'elles contiennent un avantage indirect, même inférieur à la portion disponible, et vous ouvrez la porte à une foule de procès ruineux.

Tous les actes, tous les traités les plus nécessaires de la vie civile, seront, par la cupidité, convertis en actes frauduleux et déguisés, pour masquer un avantage; et comme la fraude se prouve par témoins et par des présomptions, comme il faudra souvent recourir à des experts, on peut juger quel vaste champ est ouvert à la chicane. Mieux vaudrait, pour la paix des familles, défendre les ventes, les baux à ferme, etc., entre une personne et son successible, comme la Coutume de Montargis les avait défendus entre les pères ou mères et leurs enfans (1).

Enfin, à quel point faudra-t-il que la lésion soit portée pour mettre le successible dans le cas du rapport?

(1) Chap. 15, art. 1. *V* le *Nouveau Répertoire*, vo Rapport à succession, § 2, art. 3, no 4, page 549.

L'art. 843 oblige l'héritier de rapporter tout ce qu'il a reçu par *donation entre vifs*, directement ou indirectement; mais il ne dit point ce qu'il a reçu par le moyen d'un contrat de vente. La raison de cette différence est sensible.

Le contrat de donation est par sa nature soumis au rapport, si la dispense n'y est pas exprimée, au lieu que le contrat de vente est par sa nature dispensé du rapport.

En choisissant ce contrat, le donateur manifeste donc *évidemment*, comme on en convient, la volonté de dispenser du rapport le don qui peut s'y trouver renfermé.

Qu'on ne demande donc plus comment les donations indirectes pourraient jouir de plus de faveur que les directes; c'est que le donateur l'a voulu, et que *sa volonté est toujours la règle qu'on doit suivre, tant qu'elle ne se trouvera pas contraire à la disposition de la loi* (*Exposé des motifs*, par l'orateur du Gouvernement, tome 4, page 171, édition de Didot).

Tels sont mes motifs pour ne pas adopter une opinion que je crois contraire à l'esprit et même au texte du Code, qui, en dispensant du rapport le contrat de vente, soit à rente viagère, soit à fonds perdu, que les lois ont toujours considéré comme contenant un avantage indirect, en dispense, à plus forte raison, les contrats de vente ordinaire, pour ce qui n'excède pas la portion disponible.

Depuis la première édition de cet ouvrage, la Cour de cassation a rendu plusieurs arrêts qui confirment notre opinion.

Un digne magistrat de cette Cour nous écrivait, en janvier 1817: « Nous venons de consacrer, par un nouvel arrêt rendu à mon rapport, la doctrine que vous professez, tome 4, page 460 et suiv., au sujet des donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, en faveur des successibles, et de décider de nouveau qu'elles ne sont pas sujettes à rapport, lorsqu'elles n'excèdent pas la portion disponible. »

Nous regardions donc la jurisprudence comme fixée sur ce point, si important pour la paix des familles.

Cependant, M. Chabot, dans la 5e édition de son excellent *Commentaire sur les successions*, tome 3, page 225 et suiv., n° 16, non-seulement a persisté dans une opinion contraire, mais de plus il invoque, en faveur de sa doctrine, un arrêt du 13 août 1817, qui nous semble, au contraire, consacrer la nôtre : il est donc nécessaire d'entrer dans quelques détails.

Un arrêt de la Cour de cassation, du 26 juillet 1814, Sirey, tome 15, page 42, a décidé la question une première fois.

Il s'agissait d'une vente faite par une veuve à son gendre. Les

autres enfans prétendaient que ce contrat était une donation déguisée sous la forme d'une vente; ils en concluaient qu'elle était nulle et sujette à rapport.

La Cour de Grenoble pensa qu'une donation déguisée sous la forme d'un contrat de vente était nulle; elle en prononça la nullité pour le tout.

Cet arrêt fut cassé par le motif que les donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux sont valides, dans le cas où ces donations sont faites à des personnes capables de recevoir, et que, par conséquent, celle dont il s'agissait n'était susceptible que d'une réduction, en cas qu'elle excédât la quotité disponible; mais qu'elle ne pouvait être annulée *pour le tout.*

« Attendu, porte le considérant, que Nicolas Paul, gendre de la « veuve Platel, n'était pas incapable de recevoir; que la donation « dont il s'agit pouvait être *susceptible d'être réduite à la quotité « disponible*, si elle excédait cette quotité, mais qu'elle ne pouvait « être *annulée pour le tout*, d'après le vœu des art. 913 et 920 du « Code : d'où il suit que la Cour de Grenoble a contrevenu, etc.

« La Cour casse, etc. »

On ne peut dire plus positivement que les donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux ne sont pas sujettes à rapport, lorsqu'elles n'excèdent pas la quotité disponible.

Un second arrêt, du 31 juillet 1816 (*voy.* Sirey, tome 16, page 383), a décidé la question dans le même sens.

Il suffit d'en rapporter le considérant :

« Attendu que l'arrêt dénoncé n'a pas annulé l'acte du 19 nivôse, « comme ayant été surpris par dol et fraude, mais seulement comme « ayant été feint et simulé, en ce qu'il contenait, sous le titre de « vente, une donation déguisée, et qu'ainsi l'arrêt, en déclarant « l'acte nul *pour le tout*, au lieu d'ordonner seulement, s'il y avait « lieu, *la réduction*, a violé les lois 36 et 38, *ff. de contrah. empt.*, « l'art. 16 de la loi du 17 nivôse an II, et les art. 911, 920 et 1116 « du Code civil, casse, etc. »

Enfin, un troisième arrêt, du 13 août 1817 (Sirey, tome 17, page 383), a également décidé qu'un contrat à titre onéreux, contenant un avantage indirect en faveur d'un successible, n'est pas nul, mais seulement réductible et sujet à rapport, si l'avantage indirect excède la quotité disponible.

Nous rapporterons en entier, comme l'a fait M. Chabot, le considérant de cet arrêt; le lecteur jugera s'il est conforme à sa doctrine ou à la nôtre.

« Vu les lois, etc.; les art. 843, 853, 893, 911, 918, 1963 et

« 1973 du Code civil, relatifs à la forme des donations à titre pure-
« ment gratuit, et à la validité des avantages indirects, c'est-à-
« dire des dispositions ayant le caractère de libéralité contenues
« dans un acte à titre onéreux; vu enfin les art. 918 et 920 du Code
« civil;

« Attendu que l'acte du 12 fructidor an VIII, considéré par la
« Cour royale comme acte de donation simulée, est valable dans sa
« forme et dans sa *substance;*

« Qu'il est valable dans la forme, parce que, quels qu'en soient
« les effets, c'est un contrat à titre onéreux, un acte équipollent à
« vente, qui réunit les trois conditions requises pour sa validité :
« *res*, *pretium* et *consensus;*

« Qu'il est également valable dans sa substance;

« 1° Parce que la loi permet la vente par le père à son fils, et par
« conséquent autorise tous les effets que cette vente peut produire
« en faveur des successibles;

« 2° Parce que l'infériorité du prix stipulé dans le contrat, com-
« parée avec la valeur réelle de l'immeuble, ne constituerait, si l'on
« croyait devoir la prendre en considération, qu'un avantage indi-
« rect, et que *les avantages indirects sont licites, toutes les fois*
« *qu'on ne les a pas déguisés sous la forme d'un contrat à titre*
« *onéreux, pour échapper à la disposition prohibitive de quelques*
« *lois* existantes au jour du contrat, ou pour se soustraire à l'exer-
« cice de quelque droit acquis à des tiers à la même époque; *toutes*
« *les fois, en un mot, qu'ils sont faits entre personnes capables et*
« *sans fraude;*

« Qu'ils étaient expressément autorisés dans le droit romain, *leg.*
« 38, *ff. de contrah. empt.*, *leg.* 163, *ff. de R. J.*; qu'ils le sont
« même par une foule de dispositions du Code civil, et notamment
« par l'art. 911, qui, comme la loi romaine, ne déclare nulle la dona-
« tion déguisée sous la forme d'un contrat onéreux, ou faite sous le
« nom de personnes interposées, que lorsqu'elle est faite au profit
« d'un incapable;

« Par les art. 843, 853, 918, 920 et 1970, qui, ne faisant au-
« cune distinction entre les libéralités directes à titre purement gra-
« tuit, et les libéralités ou avantages indirects faits dans un contrat
« à titre onéreux, ordonnent que rapport sera fait des unes et des
« autres à la masse de la succession, et supposent par conséquent la
« validité des unes et des autres;

« Enfin, plus spécialement encore par l'art. 918, qui non-seule-
« ment ordonne l'exécution d'un contrat de vente, dont le prix aléa-
« toire qui y est stipulé contient un avantage indirect pour le succes-

« sible, mais dispose de plus que *cet avantage indirect est censé*
« *fait hors part et par préciput, et qu'il n'y a lieu au rapport que*
« *de ce qui excéderait la portion disponible;*

« Qu'il suit de là que Lescene père et fils ont usé de leur droit, en
« passant ensemble l'acte du 12 fructidor an VIII; que ni la qualité
« des parties, ni l'infériorité du prix, *ni l'avantage indirect qui en*
« *résulterait pour le successible*, ni la circonstance que cette libéra-
« lité a été faite dans un contrat à titre onéreux, ne présentent aux
« yeux de la loi le caractère du dol ou de la fraude; qu'ainsi la Cour
« royale de Caen, en annulant cet acte pour prétendu vice de forme,
« ou comme entaché de dol et de fraude, a faussement appliqué les
« dispositions de l'ordonnance de 1731, et de l'article 893 du Code
« civil, qui ne concernent que les donations à titre purement gratuit,
« violé les lois *qui autorisent les avantages indirects résultant des*
« *contrats à titre onéreux* faits entre personnes capables et sans
« fraude, et contrevenu tant à l'art. 918 du Code civil, qui, en dé-
« clarant valable l'acte de vente qui contient avantage indirect,
« *n'ordonne le rapport à la masse que de ce qui excède la portion*
« *disponible*, qu'à l'art. 920 du même Code, qui porte que *les dispo-*
« *sitions qui excéderont la portion disponible seront réductibles à*
« *cette quotité à l'ouverture de la succession :* casse, etc. »

Il nous paraît évidemment résulter de cet arrêt, ainsi que des deux précédens, que la jurisprudence constante de la Cour de cassation est que les avantages indirects, déguisés sous la forme d'un contrat onéreux, sont licites et valides, mais réductibles et soumis au rapport seulement, en ce qui excède la quotité ou portion disponible.

Cette maxime, désormais hors d'atteinte, préviendra une foule de procès, et les conséquences qui en dérivent auront beaucoup d'influence sur la décision de plusieurs questions (*a*).

---

(*a*) Je pense contrairement à l'opinion de l'auteur et à la jurisprudence de la Cour de cassation, 1° que les donations déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux, ne contenant pas les formalités prescrites pour les donations, sont nulles; 2° qu'en supposant qu'elles soient valables, elles ne sont point dispensées du rapport.

Avant d'exposer en détail les raisons qui me paraissent justifier cette double décision, je crois devoir faire remarquer qu'il faut écarter de la discussion les textes du droit romain. En droit romain, la donation n'était point soumise, comme aujourd'hui, pour sa validité, à l'accomplissement de formalités rigoureuses. *Perficiuntur autem*, disent les Institutes, *cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit.* On comprend aisément que, sous l'empire de cette législation, on ait considéré comme valables les donations déguisées sous la forme de contrats de vente (*V.* notamment L. 38. *ff. de Contrah. empt.*).

Voyons maintenant ce qu'il faut décider d'après les dispositions du Code civil.

Comme celles de l'ordonnance de 1731 (art. 3), elles établissent deux modes de disposer de ses biens à titre gratuit : la donation entre vifs et le testament. Elles les assujettissent tous les deux à des formes spéciales, rigoureuses, de l'observation desquelles dépend leur validité. L'art. 893 déclare en termes précis qu'on ne pourra disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre vifs ou par testament dans les formes ci-après établies.

C'est de la donation entre vifs que j'ai seulement à m'occuper.

Les formes des donations entre vifs sont indiquées dans les art. 931 et suiv. du Code civil, auxquels il convient d'ajouter l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843 sur la forme des actes notariés : d'après ces textes, les actes destinés à les constater doivent, à peine de nullité, être reçus conjointement par deux notaires ou par un notaire, en présence de deux témoins : mention de cette assistance, au moment de la passation de l'acte, doit être faite à peine de nullité; enfin il doit rester minute de l'acte, également à peine de nullité. Ces formalités, assez minutieuses, comme on le voit, sont substantielles : de leur observation dépend, comme je l'ai déjà dit, la validité de la disposition.

Pothier nous apprend que des précautions spéciales ont été prises, afin « qu'il ne fût pas permis au donateur et en son pouvoir de faire des donations; qu'il soit le maître de révoquer pendant sa vie, quoique conçues entre vifs, en retenant par devers lui l'acte de donation, ou en le mettant entre les mains d'une personne affidée qui aurait ordre de ne le remettre au donataire qu'après la mort du donateur, ou lorsque le donateur le jugerait à propos. C'est pour ôter ce moyen au donateur que l'ordonnance veut qu'il reste une minute de la donation entre les mains d'un notaire, personne publique dont le donateur ne puisse être le maître. Sans cela les donations sont suspectes de n'avoir pas le caractère d'irrévocabilité requis par nos lois dans les donations entre vifs et par la raison de cette suspicion elles sont déclarées nulles. » *V. Traité des donations entre vifs*, sect. 2, art. 4. *V.* aussi *Introduction*, au tit. 15 de la *Coutume d'Orléans*, n° 28. Comp. encore les auteurs du *Nouveau Denisart*, v° Donation entre vifs, § 11, n° 2.

C'est également dans le but d'assurer à la donation son irrévocabilité, que les rédacteurs du Code ont exigé pour sa validité l'accomplissement des mêmes formalités. Mais ce n'est pas tout.

Dans la discussion de la loi du 21 juin 1843, on a dit que « les actes ordinaires donnent presque toujours lieu à des faits d'exécution immédiate, ou du moins à des faits qui s'accomplissent du vivant des parties contractantes; que cette exécution sert de contrôle, de certification, et qu'en cas de débat les intéressés sont là pour expliquer leurs propres conventions et pour combattre les fraudes de toute nature; que les donations, au contraire, presque toujours accompagnées d'une réserve d'usufruit, ne viennent à exécution qu'après la mort de ceux qui les ont faites; qu'elles sommeillent jusque-là, et que, lorsque le jour de l'exécution arrive, le donateur ne peut plus élever la voix pour protester contre les surprises et pour déjouer les fraudes; qu'il y a encore une autre différence plus importante : que les donations sont trop souvent arrachées à la faiblesse ou à la maladie par des influences diverses et par des manœuvres captatoires; qu'il n'en est pas de même des autres actes; qu'en conséquence la liberté des donateurs devait être plus spécialement protégée par la présence de deux notaires ou d'un notaire et de deux témoins; que cette précaution est prise bien moins contre le notaire que contre l'entourage du donateur » (rapport de M. Philippe Dupin sur la loi du 21 juin 1843). Les mêmes idées se trouvent reproduites dans l'*Exposé des motifs*, à la Chambre des pairs, et dans le rapport de M. Franck-Carré. *V.* dans ma *Collection des lois*, tome 43, pages 230, 231 et 238, 263 et 264.

Ainsi, protéger la liberté du donateur, assurer l'irrévocabilité de la donation et sa sincérité, en rendant sinon impossibles au moins très difficiles les manœuvres captatoires et les surprises, tel est le but que le législateur s'est proposé en prescrivant pour cet acte des formes solennelles.

Je n'ai point ici à apprécier le mérite de ces précautions: A tort ou à raison, elles ont été jugées nécessaires; et jusqu'à nouvel ordre il faut s'y conformer.

Maintenant, je le demande, comment comprendre qu'après avoir réglé avec un soin si minutieux les formalités auxquelles sont assujettis les actes de donation, le législateur ait autorisé les contractans à les négliger; qu'il ait permis qu'on arrivât au but par des procédés différens, qui ne présentent aucune des garanties qui viennent d'être indiquées? Je l'avoue, cela m'a toujours paru impossible.

Mais, dit-on, les dispositions du Code qui règlent les formes auxquelles sont soumises les donations entre vifs ne concernent que les donations expresses et non les donations tacites. Celles-ci doivent avoir leur pleine exécution, quoique les faits dont elles dérivent ne soient pas constatés par devant notaire. Ainsi, j'achète sous le nom d'un tiers un bien dont je paie le prix: il est certain que par là je suis censé donner à ce tiers le prix de ce bien. Cependant il n'est pas nécessaire que j'en passe une déclaration notariée. Ainsi, encore, je remets à mon débiteur, sans rien exiger de lui, le titre d'une créance qu'il me doit. Il est certain que cette remise emporte de ma part renonciation à ma créance, et par conséquent donation de la somme qu'elle a pour objet. Cependant il n'est pas besoin, pour la validité de cette remise, que j'en fasse dresser acte par un notaire; l'art. 1973 fournit un autre exemple de donation tacite exemptée des formalités ordinaires. Or, ajoute-t-on, ce qui est vrai pour les donations tacites l'est également pour les donations simulées. Nul doute, en effet, que je ne puisse valablement donner à mon débiteur la somme qu'il me doit, en déclarant dans une quittance qu'il me l'a payée. D'ailleurs plusieurs articles du Code montrent de la manière la plus claire que l'intention du législateur a été de maintenir les donations déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux, lorsqu'elles n'étaient point frauduleuses. L'art. 853, en dispensant du rapport les profits que l'héritier a pu retirer de conventions passées avec le défunt, si ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect lorsqu'elles ont été faites, indique que si ces conventions présentaient un avantage indirect, elles ne seraient pas nulles, mais seulement sujettes au rapport: ce qui est très différent. L'art. 911, en frappant de nullité toute disposition au profit d'un incapable, déguisée sous la forme d'un contrat onéreux, déclare implicitement qu'elle est valable, lorsqu'elle est faite à une personne capable (*V.* encore art. 1099). Enfin, l'art. 918 ne permet pas de douter de la validité de pareilles donations: car non-seulement il valide comme donations présumées les ventes faites à un successible en ligne directe, soit à fonds perdu, soit avec réserve d'usufruit: mais encore il les dispense du rapport.

On fait valoir en dernier lieu une considération imposante: c'est que cette doctrine est tout à fait conforme à l'esprit du Code, et de plus se recommande par son utilité pratique, en ce qu'elle tend à prévenir une multitude de procès.

Ces raisons, comme on le voit, ont de la gravité: cependant je crois qu'il n'est pas impossible d'y répondre

Je conviens que la volonté du législateur n'a point été d'assujetir aux formes prescrites par les art. 931 et suiv. toutes les libéralités entre vifs. La rédaction de l'art. 931 manifeste même cette intention. En effet, il ne dit point toute donation entre vifs, etc., « mais tous actes portant donation entre vifs. » Et il résulte des explications données par le chancelier d'Aguesseau, rédacteur de l'ordonnance de 1731, et par le tribun Jaubert dans son rapport au Tribunat, que cette disposition ne doit pas s'appliquer notamment aux dons manuels.

Je conviens encore qu'il existe certains moyens, à l'aide desquels on peut donner entre vifs une partie plus ou moins considérable de sa fortune. Quelques-uns ont été déjà indiqués: on pourrait en citer d'autres.

Mais de ce que la loi autorise ou tolère l'emploi de ces moyens (ce qui prouve, soit dit en passant, que l'ensemble de ses dispositions n'est pas sous

ce rapport parfaitement coordonné). faut-il en conclure qu'elle protége aussi toutes les simulations; que si elle prescrit pour une donation expresse l'accomplissement de formalités rigoureuses, elle permet cependant aux parties de les omettre, au moyen d'un simple changement de mots, d'une fausse qualification donnée à l'acte? Je le répète, il n'est pas possible de le croire.

Sans doute les dons manuels, les libérations au moyen de la remise du titre ne présentent pas plus de garanties que les donations déguisées. Mais, de ce que la loi manque de prévoyance dans un cas, il ne faut pas conclure qu'on peut toujours éluder l'application de ses dispositions. D'ailleurs, il est assez difficile d'induire la validité des donations déguisées de la validité des donations manuelles ou tacites. En effet, les donations déguisées n'en sont pas moins de véritables donations. Tout le monde en convient. Or, les actes destinés à les constater sont évidemment des actes portant donation, par conséquent il convient de leur appliquer l'article 931.

On oppose que cet article ne concerne que les donations expresses, c'est-à-dire déclarées telles : mais où est la preuve de cette assertion? Le législateur a si bien voulu assujettir les donations tacites, et qui seraient faites par actes, aux formes requises pour les donations, que dans l'art. 1973, où il dispense de leur observation l'acte constitutif d'une rente viagère au profit d'un tiers et dont un autre a payé le prix, il a cru nécessaire d'exprimer cette dispense en termes formels.

Quant aux argumens qu'on tire des art. 853, 911, 918 et 1099, il est facile d'établir qu'ils ne sont que spécieux. D'abord l'art. 853 qui dispense du rapport les profits que l'héritier a pu retirer de conventions passées avec le défunt, si ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect, lorsqu'elles ont été faites, est tout à fait étranger à la question; il ne fait que prévenir un doute, une difficulté en matière de rapport. On ne comprend même pas que le législateur ait pris la peine de s'expliquer sur ce point; car il est évident que les bénéfices que l'héritier a pu retirer de la convention n'ont point été l'objet d'une donation réelle. Il est vrai que l'art. 911 déclare nulle toute disposition faite au profit d'un incapable, et qui serait déguisée sous la forme d'un contrat onéreux: mais on ne doit pas en conclure *a contrario* que pareille disposition est valable, dès que le donataire est une personne capable de recevoir. La défense dans un cas n'emporte point permission pour tous les autres, alors que cette permission serait en contradiction avec des dispositions formelles (art. 931). L'art. 911 est la sanction des prohibitions établies dans les art. 907, 908 et 909. Il a pour but d'atteindre toutes les tentatives de fraude. Sans doute, dans le système que je propose, l'incise « soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux » peut paraître inutile. Cependant elle se justifie en ce qu'elle manifeste clairement l'intention du législateur d'assurer l'exécution des règles qu'il vient d'édicter. C'est un surcroît de précaution, si l'on veut, mais voilà tout. Les mêmes observations s'appliquent à l'argument que l'on tire de l'art. 1099. Quant à l'art. 918, c'est une disposition tout exceptionnelle qu'il ne faut pas généraliser, qu'il faut au contraire restreindre au cas précis sur lequel elle statue. On ne peut rien en conclure en faveur de l'opinion opposée.

Les donations déguisées sous forme d'actes onéreux doivent donc être déclarées nulles. Supposons qu'elles soient valables, et voyons si elles doivent être réputées faites avec dispense du rapport.

L'art. 843 dispose que tout héritier même bénéficiaire, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt par donation entre vifs, directement ou *indirectement:* il ne peut retenir les dons ni réclamer les legs à lui faits par le défunt, voilà la règle : elle est conçue dans les termes les plus généraux. Puis l'article ajoute : « A moins que les dons et legs ne lui aient été faits *expressément* par préciput et hors part, ou avec dispense du rapport. » Rien de plus précis que cette disposition. Ainsi, comme on le voit, que la donation soit directe ou indirecte, elle n'est dispensée du

475. On a beaucoup agité la question de savoir si les renonciations à une succession, à une communauté, à un legs, etc., lorsqu'il en résulte un avantage en faveur de l'un des successibles, ne l'obligent pas à rapporter cet avantage à la mort du renonçant : les auteurs ne se sont point accordés sur ces questions (1).

Pothier pensait qu'il n'y avait de sujets au rapport que les avan-

---

rapport, qu'autant que le donateur s'en est expliqué d'une manière expresse. Sans doute, il est des cas dans lesquels le législateur induit la dispense de rapport du mode dont le donateur s'est servi pour disposer. *V.* les art. 847, 848, 849 et 918.

Mais faut-il aller plus loin et étendre ces dispositions à toutes les donations déguisées ou qui sont faites par personnes interposées, lorsque le donataire successible est capable de recevoir? Je ne le pense pas. Si le législateur eût trouvé raisonnable de considérer toutes ces donations comme faites avec dispense du rapport, il s'en serait expliqué au moyen d'une disposition générale qu'il aurait placée à la suite de l'article 843. Il n'aurait point dit, comme il l'a fait, qu'une donation adressée au successible par l'intermédiaire de son père, de son fils ou de sa femme (art. 847, 848 et 849) est réputée lui avoir été faite avec dispense du rapport. La dispense du rapport est une exception, et toute exception a besoin d'être formulée d'une manière claire et précise. Ajoutons que la disposition de l'art. 918 est également exceptionnelle; qu'il est fort difficile de la justifier; qu'en conséquence on doit s'abstenir de la généraliser.

Au reste, quelque parti que l'on prenne, il n'est pas possible d'induire des mots *sans fraude* de l'art. 854, que l'expression *indirectement* de l'art. 843 s'applique uniquement aux avantages indirects *frauduleux*, c'est-à-dire à ceux qui excèdent la quotité disponible, ou qui sont faits à des successibles incapables de recevoir. Il est clair, en effet, que les premiers ne sont pas rapportables mais réductibles, et l'art. 911 prononce la nullité des seconds. *V.* en ce sens Chabot, sur l'art. 842, n° 16; Delvincourt, tome 2, note 1 de la page 41; Grenier, des *Donations*, tome 2, 513, 518 et 519; Duranton, tome 7, nos 326 et suiv.; Bruxelles, 30 mai 1812; Sirey, 13, 2, 46; Grenoble, 10 juillet 1829; Sirey, 30, 2, 78; Toulouse, 10 juin 1829; Sirey, 30, 2, 78; Dalloz, 30, 2, 97; Paris, 19 juillet 1833; Sirey, 33, 2, 397; Dalloz, 33, 2, 227; Nancy, 26 novembre 1834; Sirey, 35, 2, 63; Dalloz, 35, 2, 105; Montpellier, 21 novembre 1836; Sirey. 37, 2, 360; Dalloz, 37, 2, 136; Limoges, 30 décembre 1837; Sirey, 38, 2, 411; Dall., 38, 2, 236; Journ. du Palais, tome 2, 1839, page 271. *Secùs* Merlin, *Questions de droit*, vo Donation, § 5, n° 3; Aubry et Rau, sur Zachariæ, tome 4, § 632, note 14; Colmar, 10 décembre 1813; Sirey, 14, 2, 289; Nîmes, 15 mars 1819, Sirey, 20, 2, 73; Lyon, 22 juin 1825; Sirey, 25, 2, 366; Dalloz, 26, 2, 128; Grenoble, 6 juillet 1821; Sirey, 30, 2, 78; Toulouse, 7 juillet 1829; Sirey, 30, 2, 111; Dalloz, 30, 2, 142; *id.*, 9 juin 1830; Sirey, 31, 2, 84; Dalloz, 31, 2, 93; Caen, 26 mars 1833, 4 et 23 mai 1836; Sirey, 37, 2, 360; Paris, 8 février 1837; Sirey, 37, 2, 219; Dalloz, 37, 2, 175; Journ. du Palais, tome 2, 1837, page 415; Bordeaux, 27 avril 1839; Sirey, 39, 2, 464; Dalloz, 39, 2, 209; Journal du Palais, tome 2, 1839, page 275.

Suivant une opinion intermédiaire, la circonstance du déguisement ne suffirait pas à elle seule pour emporter dispense de rapport: mais, en pareil cas, il ne serait pas nécessaire que la dispense fût expresse, et il appartiendrait au juge du fait d'examiner s'il a été dans l'intention du donateur de dispenser sa libéralité du rapport, et de faire résulter cette intention de la simulation jointe aux autres circonstances de la cause. *V.* Rej. 20 mars 1843, Journ. du Palais, tome 2, 1843, page 198; Besançon, 15 novembre, 1843; Journ. du Palais, tome 1, 1841, page 630.

(1) *V.* Lebrun et Pothier, *Traité des success.*; le *Nouv. Rép. ubi suprà*, § 3, no 12, page 552, et surtout Chabot, sur l'art. 843 du Code, n° 22, t. 3, p. 244.

tages indirects, par lesquels les pères et mères font passer quelque chose de leurs biens à quelques-uns de leurs enfans, par une voie couverte et indirecte.

Ce principe nous paraît conforme à l'esprit et au texte du Code, qui n'oblige l'héritier de rapporter que *ce qu'il a reçu du défunt*, les dons et legs (843), les profits qu'il a retirés *des conventions passées avec lui*, etc.

Or, ce n'est point du défunt que le successible tient les biens auxquels le premier avait renoncé; et nous croyons d'autant mieux que le Code est rédigé dans le sens de Pothier, que c'est dans les écrits de cet auteur que les rédacteurs du Code ont le plus puisé, en ce qui concerne les successions.

Les opinions seront longtemps flottantes sur ces questions, qui se présentent rarement, et qui deviendront plus rares encore, si, comme nous le pensons, il n'y a pas lieu à la demande en rapport, lorsque les objets n'excèdent pas la portion disponible (*a*).

(*a*) Je ne pense pas que cette opinion soit exacte. L'art. 843 soumet à l'obligation du rapport tous les avantages que les cohéritiers venant à une succession ont reçu du défunt, soit directement, soit indirectement, à moins que la dispense du rapport n'ait été expressément stipulée dans l'acte qui contient la libéralité. Dans l'espèce, la renonciation d'une personne à la succession ou à la communauté, etc., à laquelle elle était appelée conjointement avec son successible, a procuré à celui-ci un avantage immédiat, et c'est même dans le but de le lui faire obtenir qu'elle a eu lieu. Il est incontestable, et Pothier lui-même l'avoue, qu'un pareil acte constitue pour le successible un avantage indirect. Maintenant est-il sujet à rapport? Pourquoi non. Quelle différence en effet peut-on sérieusement établir entre le don qu'une personne fait à une autre d'une somme qu'elle tire de sa bourse, ou l'abandon qu'elle consent au profit de celle-ci de la même somme qui lui a été léguée ou qui lui appartient dans une succession à laquelle elle est appelée. Évidemment aucune. On oppose que le mot *rapport* et ces expressions de l'art. 843, *ce qu'il a reçu du défunt*, impliquent nécessairement que le législateur n'a entendu soumettre à l'obligation de rapporter, que les biens qui sont sortis du patrimoine du donateur; que le droit romain ne rangeait point au nombre des donations véritables de semblables libéralités, *V.* Loi 5, § 12 *ff. de Donat. inter virum et uxorem*; enfin que la preuve de l'avantage indirect serait nécessairement difficile, presque toujours incertaine et donnerait lieu à des débats infinis. Je réponds qu'en admettant que le mot *rapport* dans sa signification précise exprime l'action de remettre à la masse héréditaire des biens qui étaient sortis du patrimoine du défunt, il ne paraît pas que le législateur se soit rigoureusement attaché à cette signification purement étymologique; qu'il s'en est écarté notamment à l'égard des libéralités testamentaires; que le mot reçu de l'art. 843 ne peut non plus s'appliquer littéralement à ces libéralités qui cependant sont soumises au rapport comme celles qui ont été faites par actes entrevifs; que les droits qui compétent à une personne dans une succession, ou dans une communauté font, en réalité, partie de son patrimoine, et que ce patrimoine se trouve également diminué lorsqu'un tiers est appelé à en profiter au moyen, soit d'une donation directe, soit d'une renonciation pure et simple; que cette observation est confirmée par l'art. 788 qui permet aux créanciers de l'héritier qui renonce au préjudice de leurs droits de se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur; qu'il n'est donc pas exact

476. Après avoir établi en règle générale que l'héritier doit rapporter tout ce qu'il a reçu du défunt, le Code établit les exceptions.

Il dispense du rapport,

1° Les dons faits par préciput, lorsqu'ils n'excèdent pas la quotité disponible;

2° Les dons qui ne sont pas faits personnellement à l'héritier, ainsi que nous l'avons fait voir;

3° Les profits que l'héritier a pu retirer des conventions passées avec le défunt, si, lorsqu'elles ont été faites, ces conventions ne présentaient aucun *avantage indirect* (art. 853); expression qu'il faut, dans notre opinion, et comme l'indique l'article suivant, restreindre aux avantages frauduleux qui excèdent la portion disponible. C'est une conséquence nécessaire de la jurisprudence de la Cour de cassation (*Voy. sup.*, n° 474).

477. 4° Les associations faites entre le défunt et l'un de ses héritiers, sont au nombre des conventions dont les profits sont dispensés du rapport; mais l'art. 854 exige deux conditions pour cette dispense.

La première, que l'association ait été faite sans fraude, c'est-à-dire qu'elle ne contienne pas un avantage prohibé au moment où elle a été faite; car la loi n'est pas fraudée quand il n'y a pas d'avantage prohibé; la seconde, que les conditions de l'association aient été réglées par un acte authentique (*a*).

Cette précaution est nécessaire pour prévenir les fraudes qui pourraient résulter d'une association faite après coup, au moyen de laquelle il serait facile de masquer un avantage prohibé, en associant, par exemple, à une entreprise dont le défunt avait seul couru les hasards, mais qui, par l'événement, se trouve très lucrative, celui de ses héritiers qu'il voudrait avantager.

---

de soutenir que les avantages que le successible ou le communiste a retirés de la renonciation ne proviennent point du patrimoine du renonçant; qu'il ne paraît point que la doctrine des lois romaines sur les renonciations faites *animo donandi* ait passé dans nos lois; qu'enfin les difficultés, les inconvéniens que peut présenter une opinion ne suffisent pas pour la faire déserter, lorsqu'elle est d'ailleurs conforme aux vrais principes. En terminant, je crois devoir faire observer que Pothier, dont l'auteur invoque le sentiment, n'a pas émis sur cette question une opinion bien arrêtée. Comp., en effet, *Traité des successions*, ch. 4, art. 2, § 2. *Introduction* au titre 17 *de la Coutume d'Orléans*, sect. 6, art. 3, § 1. *V.* dans le sens de notre opinion, Duranton, tome 7, nos 345 et 346; Delvincourt, tome 2, note 3 de la page 41; Zachariæ, tome 4, § 631.

(*a*) Cette condition est de rigueur : elle ne saurait être suppléée, ni par l'enregistrement de l'acte de société, ni par la publication et l'affiche de cet acte dans les formes déterminées par les art. 42 et 44 du Code de comm.; Delvincourt, tome 2, note 9 de la page 40; Zachariæ, tome 4, § 631, note 26. Cass. 26 janvier 1812; Sirey, 42, 1, 111. Journ. du Palais, tome 1, 1812, page 113. *Secùs* Duranton, tome 7, no 340 et 341

L'avantage prohibé consisterait à l'associer à des profits échus et certains, au lieu que le Code permet d'associer un de ses héritiers à une entreprise, quelque lucrative qu'elle soit, pourvu qu'il ne participe aux bénéfices que du moment de son association, parce que de ce même jour il participe aux pertes (*a*).

Le défunt ne donne rien du sien, lorsque, voulant quitter une entreprise ou se décharger en partie du soin qu'elle entraîne, il y associe l'un de ses héritiers ou la lui cède en entier : il donne son état à l'un de ses héritiers.

Pour dispenser les associations du rapport, l'article 1840 exige qu'elles ne soient pas universelles.

Les sociétés de cette nature ne peuvent avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes.

478. 5° Les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et présens d'usage (*b*), ne doivent pas être rapportés (art. 852).

Remarquez que la loi ne distingue point entre les successibles en ligne directe ou en ligne collatérale, entre les mineurs ou les majeurs, entre ceux qui, ayant de la fortune, sont en état de pourvoir à leurs besoins, et ceux qui, n'en ayant pas, sont hors d'état de le faire : c'est la nature des dons énumérés dans cet article, et non le besoin qu'en ont les successibles, qui les a fait dispenser du rapport ; la dispense est fondée sur la volonté présumée du défunt (*c*).

---

(*a*) Si l'on s'attache au système qui considère les donations déguisées comme emportant dispense du rapport, il est assez difficile de voir un avantage prohibé et soumis au rapport dans une pareille association. On ne comprend pas, en effet, pourquoi les sociétés seraient à cet égard, traitées d'une manière moins favorable que les autres contrats onéreux. — (*b*) On doit comprendre sous cette expression, non-seulement les cadeaux qui se font à l'occasion des mariages, mais en général toute espèce de présens que l'usage commande ou autorise dans les différentes circonstances de la vie. Zachariæ, tome 4, § 631, note 27, Duranton, tome 7, n° 365. Un cadeau fait après le mariage peut, suivant les cas, être considéré comme présent donné à l'occasion du mariage. Rej. 6 juin 1834; Sirey, 35, 1, 58. La valeur du cadeau pourrait déterminer le juge à le considérer comme une libéralité sujette au rapport. On comprend que la valeur de la chose donnée peut en changer le caractère. — (*c*) Par conséquent, la dispense n'a pas lieu lorsque le défunt a manifesté une volonté contraire à la présomption de la loi. Il en est ainsi, par exemple, dans le cas où un trousseau a été donné, non à titre de présent de noces, mais à titre d'avancement d'hoirie. Delvincourt, t. 2, note 10 de la page 40; Duranton, tome 7, n° 366; Zachariæ, tome 4, § 631; cass. 11 juill. 1814, Sir., 14, 1, 279; Dall., 10, 212. Il en est encore ainsi lorsque le défunt a soumis à l'obligation du rapport le successible dans l'intérêt duquel il a fait, *sans y être obligé*, des dépenses de la nature de celles dont parle notre article. Chabot, sur l'art. 852, n° 4; Duranton, tome 7, n° 358; Zachariæ, *loc cit.*

Ainsi l'héritier collatéral ou direct, majeur ou mineur, riche ou pauvre, sont également dispensés du rapport.

La dispense est générale; il n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne distingue pas, et les exceptions qui ne sont pas dans la loi, ne doivent pas être suppléées. Il ne faut donc pas admettre les exceptions que l'on pourrait aller puiser dans l'ancienne jurisprudence.

Remarquez encore que la loi ne distingue point entre les frais d'éducation plus ou moins considérables, avancés par le défunt pour son successible.

Nous ne pensons donc pas qu'il faille rechercher si ces avances étaient proportionnées à la fortune du donateur. Une pareille recherche donnerait ouverture à des contestations infinies, qu'on ne pourrait décider que d'une manière arbitraire. Elle ne pourrait donc être admise que dans le cas où les avances excéderaient évidemment la portion disponible; encore y aurait-il difficulté à l'admettre, si le défunt avait fait ces avances sans altérer sa fortune, et sur des revenus qu'il aurait vraisemblablement consommés, *lautiùs vixisset*, et surtout si ces avances avaient été faites à un mineur, auquel on ne peut faire dissiper d'avance une partie de son patrimoine.

479. Si le défunt était débiteur de son héritier présomptif, par exemple s'il était son tuteur (1), les frais de nourriture, d'éducation et autres, ne seraient considérés que comme des avances faites à valoir sur ce qu'il devait, et ces frais entreraient dans la dépense de son compte.

Mais si, avant de mourir, il avait rendu son compte sans y comprendre ces dépenses, la présomption sur laquelle est fondée la disposition de l'art. 852 reprendrait toute sa force; il serait censé avoir avancé les frais en forme de don et avec dispense de rapport; il en serait de même s'il avait fait des avances depuis la reddition et le solde de son compte.

480. Les frais de nourriture, d'éducation, etc., ne sont dispensés du rapport que pour le temps de la vie du donateur (2).

S'il léguait en mourant une pension alimentaire, une somme pour apprendre un métier ou pour payer les pensions de l'un des successibles dans une école, ces sommes ne pourraient être prétendues hors part, à moins que le défunt ne l'eût *ainsi ordonné*.

Mais si, à sa mort, le défunt devait encore tout ou partie des pensions, des frais d'étude ou d'apprentissage, faits de son vivant, cette

(1) Pocquet de Livonière, *Règles du droit français*, liv. 3, chap. 1, sect. 3, reg. 23; Duparc-Poullain, sur la *Coutume de Bretagne*, tome 3, page 699, no 12; Basnage. — (2) Pothier, *des Successions*, pages 459 et 460.

dette serait réputée dette de la succession et non pas du successible (1).

481. Il faut soigneusement distinguer les frais d'éducation des frais d'établissement.

Les premiers sont dispensés du rapport, ainsi que nous venons de l'expliquer.

Les seconds y sont expressément assujettis par l'art. 851, qui porte : « Le rapport est dû de ce qui a été employé pour l'établisse-« ment d'un des cohéritiers, ou pour le paiement de ses dettes ».

Les dépenses faites pour l'éducation ont pour objet de procurer un établissement, de mettre en état de le faire; mais elles ne le donnent pas.

Ainsi, les frais pour obtenir des degrés dans une université ne sont point rapportables (2).

Il n'y avait aucun doute, à cet égard, dans l'ancienne législation, pour les grades de bachelier et de licencié; mais dans quelques coutumes, les frais de doctorat étaient rapportables (3); dans d'autres, comme en Bretagne et en Anjou (4), on dispensait également du rapport les frais faits pour l'obtention d'un doctorat honoraire, et on n'y soumettait que les frais faits pour parvenir au titre de docteur, régent ou professeur.

Nous pensons que cette distinction judicieuse doit être suivie sous l'empire du Code.

Le degré du doctorat n'est point un établissement; ce n'est qu'un apprentissage perfectionné, et il importe au bien public, à l'honneur et à l'intérêt des familles, de faciliter aux jeunes gens les moyens de perfectionner leurs talens et leur esprit, pour être plus en état de se rendre utiles à la société.

482. Les livres nécessaires aux études font partie des frais d'éducation, et sont dispensés du rapport; mais cette dispense doit être bornée aux seuls livres rigoureusement nécessaires.

483. L'obligation de rapporter tout ce que le défunt a employé pour le paiement des dettes contractées par le successible, autres que celles contractées pour des alimens et pour frais d'éducation, fit naître au Conseil d'état une longue discussion, relativement aux dettes payées pour un mineur.

---

(1) Lebrun, *des Successions*, liv. 3, chap. 6, sect. 3, n° 50. — (2) Lebrun, *ibid.*, n° 49. — (3) Pothier, *des Successions*, n° 459; Lebrun, *ubi suprà*, n° 54. — (2) Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 4, page 209, n° 307; Pocquet de Livonière, *ubi suprà*, reg. 21. *V.* aussi les *Conférences sur l'art.* 596 *de la Coutume de Bretagne*, et les *notes* de Duparc-Poullain et le *Commentaire*, nos 12 et 13.

Il en résulte qu'à cet égard, l'obligation du rapport dépend des circonstances (1).

L'opinion la plus suivie, sous l'ancienne jurisprudence, était que la rançon du fils pris en guerre, et racheté par le père, était rapportable (2). On trouve des arrêts qui l'ont ainsi jugé. La Coutume de Reims (art. 323) le décidait formellement, et cette décision était juste.

Mais faut-il en faire l'application aux sommes payées pour faire remplacer un enfant au tirage de la conscription militaire?

Nul doute, s'il s'agit d'un majeur qui a concouru au traité de remplacement, ou qui l'a approuvé expressément ou tacitement; mais s'il s'agit d'un mineur, la question souffre difficulté, et la décision peut dépendre des circonstances. Une sollicitude trop grande sur le sort d'un jeune homme ne doit pas suffire pour épuiser d'avance une partie de ses espérances.

Si, par exemple, la somme avait été donnée au remplaçant proposé pour courir la chance du sort, et qu'elle eût été favorable au mineur qu'on voulait faire remplacer, sans qu'il eût concouru au contrat, le rapport de cette somme, demeurée sans emploi utile, ne pourrait être exigé avec justice (*a*).

---

(1) Chabot et Maleville, sur l'art. 851. — (2) *V.* Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 4, page 210; Lebrun, *des Successions*, au titre des rapports, n° 53. —(*a*) Il n'est pas vrai de dire que la somme payée en pareil cas par le père de famille à la personne ou à la compagnie qui a assuré son fils est demeurée sans emploi utile. La chance a été favorable à ce dernier; mais elle pouvait lui être contraire, et alors il eût fallu débourser bien au-delà de ce qui a été donné. L'utilité de semblables dépenses doit s'apprécier, non d'après ce qui est arrivé, mais d'après ce qui aurait pu arriver. Elles sont le prix d'une mauvaise chance à laquelle nous sommes exposés et qu'un tiers consent à courir pour nous. Jamais enfin on n'a considéré le paiement d'une prime d'assurance comme une dépense faite en pure perte, alors même que l'objet assuré n'a éprouvé aucun dommage. Maintenant le mineur, qui a été remplacé et assuré, peut-il se refuser à tenir compte à ses cohéritiers de ce qui a été déboursé pour lui à ce sujet par l'auteur commun? Je ne le pense pas. L'obligation du service militaire est une dette personnelle à celui qui s'y trouve appelé. En conséquence, ce qui a été employé pour l'exempter de cette obligation se trouve réellement avoir été employé pour le paiement de ses dettes. On ne voit pas d'ailleurs comment il pourrait critiquer une pareille dépense. Il ne tenait qu'à lui de s'y opposer et de courir les chances du sort ou d'entrer au service. *V.*, en ce sens, Caen, 5 janvier 1811; Sirey, 13, 2, 337; Grenoble, 12 février 1816; Sirey, 22, 2, 295; Bourges, 21 février 1825; Sirey, 25, 2, 256; *id.*, 22 juillet 1829; Sirey, 29, 2, 303; Dall., 27, 2, 178; Riom, 19 août 1829; Sirey, 30, 2, 214; Merlin, *Répert.*, v° Rapport à succession, § 3, n° 21; Grenier, *des Donations*, tome 2, page 541 *bis;* Duranton, t. 7, n° 362. *V.* toutefois Dijon, 23 avril 1817; Sirey, 17, 2, 374; Grenoble, 2 janvier 1822; Sirey, 26, 2, 53; Caen, 2 mai 1842; Journ. du Palais, tome 2, 1842, page 528. Cependant, je pense, avec M. Chabot, qu'il pourrait y avoir des circonstances particulières d'après lesquelles les tribunaux seraient autorisés à ne pas ordonner le rapport dans le cas, par exemple, où les père et mère auraient eu un intérêt personnel à faire remplacer leur

484. « Les fruits et les intérêts des choses sujettes à rapport ne « sont dus qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession, sui- « vant l'art. 856. »

Ainsi, les fruits échus pendant la vie du donateur appartiennent au successible donataire; il n'est point obligé de les rapporter, s'il les a reçus. S'ils sont encore dus par les rentiers, fermiers ou débiteurs, il peut les réclamer par prorata jusqu'à l'ouverture de la succession, si ce sont des fruits civils; quant aux fruits naturels ou industriels, il faut suivre les règles établies au titre de l'usufruit (1).

485. Mais l'art. 856 est-il applicable aux pensions ou rentes que le défunt s'était obligé de payer annuellement au successible donataire, au lieu de lui donner des biens ou des rentes pour en jouir.

On avait voulu, sous l'ancienne jurisprudence, introduire une différence fondée sur la loi *in ædibus* 9, § 1, *ff. de donationibus*, entre donner une chose qui produit des fruits, et donner directement des fruits ou des jouissances.

Dans le premier cas, les fruits de la chose donnée n'auraient pas été rapportables, parce qu'ils ne sont pas l'objet direct de la donation; ils ne forment qu'un accessoire.

Dans le second cas, les fruits sont l'objet direct et unique de la donation (par exemple, lorsque le défunt avait créé sur lui-même une rente qu'il s'obligeait de payer annuellement au successible, ou lorsqu'il avait donné des jouissances ou les intérêts d'un capital), et le rapport serait dû.

Cette distinction avait été rejetée en Normandie (2), en Bretagne (3) et même à Paris (4).

---

fils qui leur était utile pour leur état, pour leur commerce. V. *Commentaire* sur l'art. 851, n° 4; *id.*, Duranton; Grenier, *loc. cit.*; Toulouse, 9 janvier 1835; Sirey, 35, 2, 413; Dalloz, 35, 2, 137; Douai, 20 février 1838; Sirey, 39, 2, 132; *id.*, 20 janvier 1838; Sirey, *ibid.*; Dalloz, 38, 2, 217; Journ. du Palais, tome 1, 1839, page 439; *id.*, 31 décemb. 1840; Journ. du Palais, tome 1, 1841, page 188. Le cohéritier doit rapporter à ses cohéritiers le montant de la remise qui lui a été faite en vertu d'un concordat après faillite; Zachariæ, tome 4, § 631, note 19; Merlin, *Répert.*, v° Rapport à succession, § 3, n° 16; Duranton, tome 7, n° 310: Bordeaux, 16 août 1827; Sirey, 27, 2, 241; Paris, 8 mai 1833; Sirey, 33, 2, 514; Dalloz, 33, 2, 180; *id.*, 13 août 1839; Sirey, 39, 2, 531; Dalloz, 40, 2, 8; Journal du Palais, tome 2, 1842, page 443; Paris, 11 janvier 1843; Journal du Palais, tome 1, 1843, page 587; *id.*, 21 décembre 1843, tome 1, 1844, page 366. Comp. toutefois rejet, 22 août 1843; Journal du Palais, tome 1, 1844, page 16. Il doit également rapporter l'avantage résultant de la démission gratuite donnée en sa faveur par le défunt, d'un office susceptible de cession (V. art. 91, loi du 28 avril 1816); Grenoble, 4 février 1837; Sirey, 38, 2, 15. *Secùs* si la démission avait été donnée antérieurement à la loi de 1816; Nîmes, 6 déc. 1838; Sirey, 39, 2, 238; Dalloz, 39, 2, 34; Journ. du Palais, tome 1, 1839, page 515.

(1) Chabot, sur l'art. 856, n° 2, tome 3, page 414. — (2) Basnage, sur l'art. 334, page 237, où la question est bien traitée. — (3) Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 4. — (4) Ferrière, sur l'art. 309, nos 6 et 7.

Cependant on a essayé de la faire revivre sous l'empire du Code, dont l'esprit est de dispenser du rapport plus facilement que sous l'ancienne législation.

Nous ne pensons pas que cette opinion doive être suivie (1).

Les pensions et rentes que le défunt donateur s'était obligé de payer au successible donataire, tiennent évidemment lieu des revenus des choses données.

Il serait injuste et bizarre que le successible, à qui le défunt aurait donné une terre pour en jouir, fût dispensé d'en rapporter les jouissances, tandis que celui à qui il aurait payé lui-même une rente ou une pension serait obligé de rapporter les arrérages reçus, et d'entamer ainsi, peut-être d'absorber la portion héréditaire d'un successible par le rapport des sommes qu'il aurait consommées de bonne foi : ce qui serait manifestement contraire au vœu du donateur, lequel aurait ainsi ruiné le donataire qu'il voulait gratifier.

Nous croyons donc les arrérages des rentes et pensions, perçus pendant la vie du donateur, dispensés du rapport.

486. Mais le successible donataire peut-il réclamer les arrérages qui n'ont pas été payés avant le décès du donateur?

Pour répandre du jour sur cette question et sur beaucoup d'autres relatives aux rapports, il faut rappeler en peu de mots les principes de l'ancienne jurisprudence.

Les rapports n'ayant été introduits que pour conserver à chaque héritier la part que la loi lui donne dans les biens du défunt, et pour prévenir les avantages prohibés qu'il aurait voulu faire à l'un d'eux, l'obligation de rapporter était graduée sur la prohibition de donner à l'un des héritiers plus qu'à l'autre; et comme dans beaucoup de coutumes, telles que Paris, Orléans, Normandie, il n'était pas défendu de donner à ses héritiers collatéraux, il n'y avait point de rapports en collatérale (2).

Au contraire, dans les coutumes qu'on appelait d'égalité parfaite, telles que celle de Bretagne (art. 596), il était défendu de donner aux héritiers collatéraux aussi bien qu'aux héritiers directs; et, par cette raison, ils étaient tenus de rapporter tout ce qu'ils avaient reçu du défunt soit en meubles, soit en immeubles.

Ces coutumes avaient cependant dispensé du rapport les nourritures, pensions et entretien aux armes, aux études et autres profes-

(1) C'est aussi l'opinion de M. Chabot, sur l'art. 856 n° 3, tome 3, p. 415, et c'est ce qu'a décidé la Cour de cassation, par un arrêt du 31 mars 1818, Sir., tome 18, p. 213. Les considérans de cet arrêt sont rapportés par M. Chabot. — (2. *V.* Pothier, *des Successions*, pages 502 et 506; *Normandie*, art. 323 et 324, *Principes* de Routier, page 275, n° 22, édition de 1747.

sions (art. 597); et quant aux héritages ou sommes en deniers qui avaient été donnés par avance à l'un des héritiers, il n'était pas obligé de rapporter les fruits ni *les intérêts reçus durant le vivant de celui de la succession duquel il s'agissait* (De la Coutume de Bretagne).

Parce que ces fruits et intérêts perçus et consommés avaient tenu lieu d'alimens à l'héritier.

Cet article ne dispensant du rapport que les fruits et intérêts reçus, il paraissait clairement en résulter que l'héritier ne pouvait demander les fruits qui restaient à percevoir (1), parce qu'il aurait été obligé de les rapporter.

Cependant l'usage avait sur ce point introduit une distinction en Bretagne. Si le défunt avait donné des revenus en héritages ou en rentes foncières ou constituées, l'héritier à qui ces revenus étaient dus, et qui ne les aurait pas reçus avant l'ouverture de la succession, avait le droit de les recevoir, avec le prorata, jusqu'au jour de la mort du donateur (Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 4, page 211, n° 314).

Mais si le défunt, au lieu de donner en jouissance une rente ou un héritage, s'était obligé de payer lui-même une rente ou pension annuelle à l'un de ses héritiers, on appliquait rigoureusement à ce cas la disposition de l'article 597 de la Coutume. Les arrérages perçus du vivant du donateur n'étaient pas rapportables, mais les arrérages non perçus n'étaient pas exigibles. L'obligation était de plein droit éteinte à l'instant de la mort du donateur.

On fondait cette différence sur ce que toutes donations ou promesses faites à l'un des héritiers, deviennent sans force à l'instant de la mort, parce que la qualité de donataire était incompatible avec celle de successible, et violait la prohibition d'avantager un des héritiers plus que l'autre; car les arrérages non perçus étant à prendre sur la masse commune de la succession, ce serait un avantage que l'héritier donataire préleverait.

S'il en eût été autrement, il aurait été facile d'éluder la prohibition de donner, en promettant des pensions ou rentes qu'on eût laissé accumuler pour ne pas gêner le donateur, qui se serait rendu plus facile à donner par la certitude de n'être pas dépouillé de son vivant.

C'est par ces motifs qu'en Bretagne, la rente ou pension que le défunt s'était obligé de payer annuellement s'éteignait de plein droit à sa mort, sans que l'héritier donataire pût rien exiger des arrérages non payés.

(1) Basnage, sur *Normandie*, tome 2, page 238, édition de 1709.

En Normandie, au contraire, il pouvait exiger la dernière année échue (art. 95 du règlement du 6 avril 1666, appelé *Placités* de Rouen).

Mais ces motifs n'existant plus aujourd'hui, il semblerait que les arrérages non perçus de la rente ou pension annuelle promise par le défunt à l'un de ses héritiers, sont exigibles à l'ouverture de la succession, pourvu que la somme à laquelle ils s'élèvent n'excède pas la quotité disponible (1).

487. Quoique les fruits des choses sujettes à rapport soient dus depuis l'ouverture de la succession, ainsi que les fruits des autres biens qui en dépendent, parce que ces fruits font partie de l'hérédité, nous avons vu dans la section 3 du chapitre 4, qu'il peut y avoir des cas où la bonne foi de l'héritier le dispense de ce rapport (*voy. suprà*, nos 307 et suivans, jusqu'au n° 311.)

Il faut remarquer que l'art. 856, qui oblige l'héritier de payer l'intérêt des choses sujettes à rapport depuis l'ouverture de la succession, ne distingue point entre les différentes choses mobilières, soit numéraire ou meubles meublans.

Il paraît donc que l'intérêt est dû dans tous les cas. Il y a en effet même raison de décider, puisque l'héritier qui a reçu des meubles ne peut les rapporter en nature, suivant l'art. 868, mais seulement en moins prenant et sur le pied de leur valeur au moment de la donation.

488. Dans l'ancienne jurisprudence, l'héritier à qui il avait été cédé contre la succession, soit par un étranger, soit par un cohéritier, des droits litigieux qui n'étaient pas communs entre lui et le créancier avec lequel il avait traité, pouvait être forcé par ses cohéritiers de les rapporter à la succession pour le prix qu'ils lui avaient coûté, conformément aux lois 19, *ff. fam. erciscund.*, et 89, § 4, *ff. de legat.*, 2°, depuis longtemps naturalisées en France. En achetant des droits litigieux, le cohéritier était censé avoir fait une

(1) Cette opinion, adoptée par M. Chabot, sur l'art. 856, no 5, tome 3, p. 422, a été consacrée par la section civile de la Cour de cassation, après une discussion très approfondie, par un arrêt du 31 mars 1818, rapporté par M. Chabot, tome 3, page 417, et par Sirey, tome 18, pages 213 et suiv.— [*V.* encore Paris, 23 juin 1818; Sirey, 19, 2, 34. Toutefois je ne pense pas que les arrérages soient dus seulement dans les limites de la quotité disponible. Les arrérages accumulés n'en doivent pas moins être considérés comme des fruits. Or, les fruits échus jusqu'au jour de l'ouverture de la succession ne sont soumis ni au rapport ni à la réduction (Arg. de l'art. 932). Comp. l'arrêt précité de la Cour de Paris. Il est, du reste, bien évident qu'on devrait appliquer aux arrérages échus depuis plus de cinq ans la prescription établie par l'art. 2277. Duranton, t. 7, no 373; Zacharie, tome 4, § 631, note 40.

affaire commune : les cohéritiers sont mandataires nés les uns des autres pour l'avantage de la succession (1).

Si donc l'un des héritiers avait acquis les droits d'un tiers, ou même de l'un des cohéritiers, sur une terre de la succession, ou acheté une terre sur laquelle elle avait des droits en litige, c'est-à-dire sur laquelle il y avait un procès existant, il pouvait être contraint de faire part de son acquisition à ses cohéritiers, en lui remboursant leur quote part du prix; ainsi, encore, ils pouvaient demander à partager l'immeuble racheté par l'un d'eux en vertu d'une clause de rachat insérée dans la vente faite par le défunt, quoiqu'ils n'eussent pas agi avant l'expiration du terme fatal fixé pour le rachat.

Cette jurisprudence, loin d'être abrogée par le Code, paraît conforme à son esprit, et doit être suivie depuis comme avant sa promulgation.

Mais si un cohéritier s'était fait payer de sa part dans un crédit de la succession, avant que le débiteur fût insolvable, il ne serait pas obligé de mettre en commun la somme qu'il aurait reçue, parce qu'étant saisi de sa portion dans ce crédit, qui s'est divisé de plein droit, il a pu exiger sa portion et profiter de sa diligence, loin de souffrir de la négligence de ses cohéritiers : il n'a reçu que ce qui lui appartenait.

## § IV.

### Comment se font les rapports.

SOMMAIRE.

489. Ils se font en nature ou en moins prenant.
490. Du rapport du mobilier.
491. Du rapport des rentes.
492. Du rapport de l'argent.
493. Du rapport des immeubles
494. L'acquéreur de l'immeuble donné en avancement ne peut être évincé, et pourquoi;
495. Si ce n'est de ce qui excède la portion disponible.
496. *Quid*, si l'immeuble excède seulement la portion héréditaire du donataire?
497. Comment se fait le rapport de l'excédant, quand le don surpasse la portion disponible.
498. L'héritier n'est tenu à aucun rapport, si l'immeuble a péri sans sa faute.
499. S'il n'a péri qu'en partie, le rapport de ce qui reste est dû.
500. Impenses dont on doit tenir compte au donataire.
501. Différence entre les impenses nécessaires et les impenses utiles.
502. Comment il est tenu compte des impenses; le donataire peut retenir l'immeuble en gage jusqu'au remboursement.

(1) *V.* le *Nouveau Répertoire*, vo Retrait de cohéritier; Lebrun, *des Successions*, liv. 4, chap. 2, sect. 3, nos 65 et 68; les conclusions de M. Merlin, sur l'affaire jugée par arrêt du 8 frimaire an XII, rapporté dans les *Questions de droit*, vo Droits successifs, § 1, et les auteurs cités.

503. Dégradations dont le donataire doit compte.
504. Compte des dégradations et améliorations faites par l'acquéreur.

489. Les rapports se font en nature ou en moins prenant (art. 858).

En nature, lorsque la chose même qui avait été donnée est remise par l'héritier donataire à la masse de la succession, pour être partagée avec les autres biens.

En moins prenant, lorsque le donateur diminue sur sa portion héréditaire la valeur de l'objet qu'il a reçu, et prend d'autant moins dans le surplus des biens.

490. L'héritier donataire n'a pas toujours l'option de faire le rapport en nature ou en moins prenant; le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant. Il se fait sur le pied de la valeur du mobilier, lors de la donation, d'après l'état estimatif annexé à l'acte de donation; et, à défaut de cet état, d'après une estimation par experts, à juste prix et sans crue (868) (*a*).

L'héritier ne serait pas dispensé du rapport par la perte totale du mobilier qu'il a reçu, quand même cette perte serait arrivée sans sa faute, par cas fortuit ou par force majeure. Les meubles étant toujours donnés en pleine propriété (*b*), on leur applique la maxime connue, *res perit domino*.

491. Les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'État, soit sur des particuliers, n'étant plus que des meubles, suivant l'art. 529 du Code, l'héritier qui les a reçues en avancement ne peut les rapporter qu'en moins prenant.

Il ne pourrait, sans le consentement de ses cohéritiers, rapporter les capitaux en nature en restituant les contrats, à la différence de l'ancienne jurisprudence (1).

Mais comme la valeur des rentes sur l'État est susceptible de variations, le rapport s'en ferait sur le pied de leur valeur au moment de la donation (2).

---

(*a*) L'art. 868 n'est pas applicable au cas où le mobilier donné était au moment de la donation grevé d'un droit d'usufruit. Dans cette hypothèse le rapport n'est dû que d'après la valeur du mobilier, au moment où le donataire en a obtenu la jouissance par l'extinction de l'usufruit. Riom, 23 janvier 1830; Sirey, 33, 2, 49; Dalloz, 33, 2, 108; Grenier, *Donations*, tome 2, n° 637; Zachariæ, tome 4, § 624, note 2.— (*b*) Ou plutôt à titre de propriété incommutable.— (1) Ferrière, sur l'art. 305 de la *Coutume de Paris*, n° 32. Mais alors les rentes étaient immeubles.— (2) *Quid*, si la rente a souffert des retranchemens ou péri sans la faute de l'héritier donataire? *V.* Chabot, tome 3, page 523. L'héritier n'en est pas moins tenu au rapport, conformément à l'art. 868. *Vid. contrà*, 1567. — [Zachariæ, *loc. cit.*, note 5. Comp. cass. 14 décembre 1830; Sirey, 31, 1, 107; Dalloz, 31, 1, 33, Aix, 30 avril 1833; Sirey, 33, 1, 542. *V.* toutefois Delvincourt, tome 2, note 11 de la page 43

492. Le rapport de l'argent donné se fait en moins prenant dans le numéraire de la succession.

En cas d'insuffisance, le donataire peut se dispenser de rapporter du numéraire, en abandonnant du mobilier jusqu'à due concurrence; et à défaut de mobilier, des immeubles de la succession (art. 869).

S'il survenait de la variation ou dans les monnaies ou dans le prix de l'argent, le rapport se ferait suivant le prix de l'argent au temps de la donation.

Si, par exemple, l'héritier avait reçu 5,000 fr. en numéraire, dans un temps où le marc d'argent valait 50 fr., et qu'à l'ouverture de la succession le marc d'argent valût 100 fr., l'héritier ne rapporterait que 5,000 fr.; comme aussi si l'argent était baissé à 25 fr. le marc, il rapporterait également 5,000 fr. (1).

Ces principes ont été suivis par la loi du 16 nivôse an VI (*a*).

493. Si les meubles donnés en avancement d'hoirie sont toujours censés donnés en propriété, les immeubles, au contraire, hors le cas du don fait par préciput, ne sont censés donnés que pour en jouir, et à la charge de les rapporter à la succession (*b*) : de là plusieurs différences entre le rapport des immeubles et celui des meubles.

Le rapport des immeubles peut être exigé en nature. Le donataire ne peut les rapporter en moins prenant, si ce n'est en deux cas (2); le premier, lorsqu'il y a dans la succession des immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on peut former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers (art. 859). Mais, dans ce cas, l'héritier peut néanmoins faire le rapport en nature, et remettre à la masse l'immeuble qu'il avait reçu; le droit de le retenir est une faculté dont il est libre de ne pas user.

---

(1) Maleville, sur l'art. 869, dit que si le marc valait 50 fr. lors du don, et 100 fr. à l'ouverture de la succession, l'héritier devrait rapporter 200 marcs; comme si le marc valait 100 fr. à l'époque de la donation, et qu'il n'en valût que 50 à l'ouverture de la succession, l'héritier devrait être quitte en rapportant 50 marcs. Cette décision nous paraît inconciliable avec les dispositions de l'article 868, qui dit que le rapport se fait sur le pied de la valeur du mobilier lors de la donation. Toutes les chances, même par cas fortuit, portent sur le donataire, parce qu'il est propriétaire, dit fort bien M. Chabot. — (*a*) Le donataire d'un office susceptible de cession doit à ses cohéritiers le rapport de la valeur de l'office au temps de la donation. *V.* les arrêts cités en note sur le no 499. — (*b*) Les immeubles sont également donnés en propriété; seulement cette donation est faite sous la condition qu'ils seront rapportés à la masse si le donataire accepte la succession.— (2) Il y a un troisième cas; c'est celui où le donateur a ordonné que l'immeuble par lui donné sera dispensé du rapport en nature. *V.* Chabot, tome 3, page 464, no 4. Lorsque des biens constitués en dot à la femme par ses père et mère, sont devenus la propriété du mari par suite de l'estimation donnée à ces biens par le contrat de mariage, la femme ne doit le rapport que du montant de l'estimation et non de la valeur des biens à l'époque de l'ouverture de la succession. Rej. 3 janvier 1831; Sirey, 31, 1, 10; Dalloz, 31, 1, 74.

Le second cas où le rapport ne peut être exigé en nature, est quand le donataire a aliéné l'immeuble *avant l'ouverture de la succession :* le rapport se fait alors en moins prenant, sur le pied de la valeur de l'immeuble à l'époque de l'ouverture de la succession (art. 860), et non pas à l'époque de la donation, comme le rapport du mobilier (*a*).

494. Il peut paraître étonnant que le successible, n'étant pas propriétaire de l'immeuble donné sans dispense de rapport, puisse néanmoins l'aliéner valablement : c'est une exception à la règle que celui qui n'a qu'un droit résoluble ne peut transférer qu'un droit résoluble.

Cette exception est fondée sur les égards que se doivent les cohéritiers.

Il convient qu'ils se contentent de précompter à leur consort la valeur de l'immeuble qu'il a aliéné, plutôt que de l'exposer à des recours en garantie, en agissant contre celui à qui il a transféré son droit. *Inter personas conjunctas res non sunt amarè tractandæ*, dit fort bien Pothier, *Traité des successions*, chap. 4, art. 2, § 7, page 494.

495. Si l'immeuble donné *sans dispense de rapport*, et aliéné par le donataire, excédait sa portion héréditaire, les autres cohéritiers pourraient-ils évincer le tiers acquéreur de l'excédant?

Il n'y a aucun doute sur ce point. Quant à ce qui excède la quotité disponible, l'art. 930 porte que l'action en réduction ou revendication pourra être exercée par les héritiers contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des donations, et aliénés par les donataires, etc.

Si donc le défunt, ayant trois enfans et 48,000 fr., a donné à l'un un immeuble valant 24,000 fr., tandis qu'il ne pouvait donner que 12,000 fr., les autres héritiers, après avoir discuté les biens du donataire, qui s'est mis, en aliénant, hors d'état de rapporter en nature, pourront agir contre le tiers acquéreur pour la réduction de 12,000 fr.

Si l'immeuble avait été donné avec dispense de rapport, il n'y au-

---

(*a*) L'art. 860 ne serait point applicable, si la dépossession du donataire, complétement indépendante de son fait, avait été le résultat, soit d'une expropriation pour cause d'utilité publique, soit d'une licitation. Dans cette double hypothèse, le donataire ne devrait que l'indemnité ou la soulte qu'il aurait reçue; mais il la devrait alors même que l'immeuble aurait ultérieurement péri par cas fortuit. Car, ainsi que l'exprime Pothier, ce n'est plus l'immeuble dont le donataire a été dépossédé, mais la somme qu'il a touchée par prix de la dépossession qui forme alors l'objet de l'obligation de rapport. Pothier, *des Successions*, ch. 4, art. 2, § 7, no 5. Delvincourt, tome 2, note 7 de la page 43; Zachariæ, tome 4, § 635.

rait pas lieu à réduction dans le cas proposé, parce qu'il faudrait cumuler la portion disponible, qui est de 12,000 fr., et la part héréditaire de l'enfant donataire, qui est également de 12,000 fr.

496. Mais si l'immeuble vendu et donné excédait seulement la portion héréditaire, sans excéder la quotité dont le défunt pouvait disposer, les cohéritiers pourraient-ils faire réduire la vente à la portion héréditaire, ou seulement à la portion disponible?

Par exemple, le défunt avait huit enfans et 48,000 fr. ; la portion héréditaire est de 6,000 fr., et la portion disponible de 12,000 fr. Le défunt avait donné, sans dispense de rapport, un immeuble valant 12,000 fr. à l'un de ses héritiers, qui vend cet immeuble avant l'ouverture de la succession; il devient insolvable : les autres pourront-ils faire réduire la vente à 6,000 fr.?

La difficulté vient de ce que l'art. 860 dit, en général, que le rapport a lieu en moins prenant quand l'immeuble a été aliéné, sans distinguer s'il excède la portion héréditaire : d'où on peut conclure que l'acquéreur ne peut pas plus être inquiété dans un cas que dans l'autre, lorsque la réserve reste entière.

Cette conséquence paraît d'abord trop étendue. Si la vente faite par le successible donataire est valide, quoiqu'il n'ait qu'un droit résoluble sur l'immeuble qu'il a reçu sans dispense de rapport, c'est, comme nous l'avons dit, une exception au principe général, et il ne faut pas étendre cette exception au-delà de son objet, de manière à causer aux autres héritiers un préjudice réel, et à procurer à l'héritier donataire un avantage que le défunt n'a point voulu lui faire.

Si les autres héritiers ne pouvaient agir contre le tiers acquéreur pour ce qui excède la portion héréditaire du vendeur, ils perdraient, par l'insolvabilité de ce dernier, une valeur de 6,000 fr., dont le défunt n'a pas eu intention de les priver, et qu'il n'a point voulu donner irrévocablement au donataire, qui n'a point été dispensé du rapport.

Cependant la généralité des expressions de l'article 860 permet d'autant moins de distinguer, que le donataire peut s'en tenir à son don en renonçant à la succession; et, dans ce cas, les autres héritiers perdraient également les 6,000 fr. excédant la portion héréditaire.

Il faut donc décider que les cohéritiers ne peuvent faire réduire la vente faite par le donataire, que lorsqu'elle excède la portion disponible (930).

497. « Lorsque le don d'un immeuble fait à un successible, avec « dispense de rapport, excède la portion disponible, le rapport de « l'excédant se fait en nature, si le retranchement peut s'opérer « commodément.

« Dans le cas contraire, si l'excédant est de plus de moitié de la

« valeur de l'immeuble, le donataire doit rapporter l'immeuble en « totalité, sauf à prélever sur la masse la valeur de la portion dis- « ponible; si cette portion excède la moitié de la valeur de l'im- « meuble, le donataire peut retenir l'immeuble en totalité, sauf à « moins prendre, et à récompenser ses cohéritiers en argent ou au- « trement » (art. 866).

Cet article contient une exception à la règle générale, suivant laquelle, lorsqu'un immeuble ne peut être commodément divisé, il faut procéder à la licitation. Le Code accorde au donataire héritier la faculté de retenir l'immeuble en totalité; mais ce n'est qu'une faculté dont il est libre de ne pas user (*a*).

498. Le rapport des immeubles devant se faire en nature, l'héritier donataire est débiteur d'un corps certain. Il en résulte qu'il n'est obligé à rien rapporter, lorsque l'immeuble a péri par cas fortuit et sans sa faute (art. 855).

C'est une application du principe général établi par l'art. 1302, que le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré, lorsque la chose a péri sans sa faute (1).

L'héritier donataire ne serait même pas tenu de rapporter le prix de l'héritage qu'il aurait vendu avant qu'il eût péri par cas fortuit, puisqu'il ne doit le rapport que de la *valeur de l'immeuble à l'époque de l'ouverture de la succession* (860) (2).

Le donataire de meubles, au contraire, n'étant débiteur que de leur valeur, n'est point libéré par leur perte.

499. Si l'immeuble, au lieu de périr entièrement, avait seulement été détérioré ou déprécié par cas fortuit (3), ce qui en reste est rapporté dans l'état où il se trouve; par exemple, si la maison est tombée ou a été incendiée, le donateur n'est tenu de rapporter que la place et les matériaux. Loi 22, § 3, *ff. ad Sen. Treb.*

500. Soit que l'héritier rapporte l'immeuble en nature, soit qu'il vienne en moins prenant, parce qu'il existe d'autres immeubles de même nature, valeur et bonté, ou parce que l'immeuble a été aliéné, on doit lui tenir compte des impenses qui ont amélioré la chose (861) (4); mais il faut distinguer les impenses utiles, les im-

(*a*) *V.* encore l'art. 924 C. civ.— (1) Pothier. *des Successions*, ch. 4, art. 2, § 7, page 486.— (2) *Ibid.*, page 494.— [*Sic* Delvincourt, tome 2, page 43 et la note 9; Duranton, tome 7, no 392; Zachariæ, tome 4, § 634. S'il avait fait assurer l'immeuble, il ne serait pas tenu non plus de rapporter le montant du sinistre. Zachariæ, *ibid.*] — (3) *V.* l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 5 juillet 1814, au sujet du rapport d'un office de notaire dont le prix avait été converti en inscriptions sur le grand-livre. Décidé qu'on ne doit pas appliquer aux rapports l'art. 66 de la loi du 24 août 1793. Sirey, tome 15, page 12. — (4) Sur les impenses, en ce cas, *voy.* la *Coutume de Paris*, art. 306, et les commentateurs; Pothier, *des Successions*.

penses de pur agrément, les impenses nécessaires, et enfin celles d'entretien.

L'immeuble est prisé et mis en loties comme les autres biens, mais déduction faite des impenses utiles, qui sont prisées séparément, eu égard à ce dont la valeur de l'immeuble se trouve augmentée *au temps du partage* (861).

Quant aux impenses de pur agrément, qui n'ont pas augmenté la valeur de l'immeuble, on n'en fait point état dans le prisage, sauf au donataire à enlever l'objet de ses impenses, s'il le peut, sans détériorer, et en rétablissant les choses dans l'état où elles étaient au moment de la donation.

Les impenses nécessaires faites pour la conservation de la chose, sont aussi prisées séparément, mais suivant ce qu'elles ont coûté ou dû coûter, *encore qu'elles n'aient point amélioré le fonds* (862), et quand même l'objet de ces impenses aurait péri depuis par cas fortuit; par exemple, la reconstruction d'un édifice nécessaire qui depuis a été incendié par le feu du ciel (1).

501. Les impenses nécessaires diffèrent donc des impenses seulement utiles, dont il n'est dû compte que jusqu'à la concurrence de ce que la succession en profite, c'est-à-dire eu égard à ce que la valeur de l'immeuble se trouve augmentée *au temps du partage*, suivant l'art. 861 (*a*).

D'où il résulte qu'à l'égard des impenses seulement utiles, les cas fortuits sont aux risques de l'héritier donataire jusqu'au moment du partage, et non pas seulement jusqu'au jour de l'ouverture de la succession : si elles avaient été détruites, ou ne procuraient plus aucune utilité au temps du partage, elles seraient en pure perte pour l'héritier qui les aurait faites.

Enfin, il n'est pas dû compte à l'héritier donataire des impenses d'entretien, qui sont une charge de la jouissance.

502. Si l'immeuble rapporté en nature, et sur lequel il a été fait des impenses, échoit en partage à celui qui les a faites, il ne lui est dû compte que des impenses nécessaires faites pour la conservation de la chose, puisqu'il profite seul des impenses utiles.

Si l'immeuble échoit à ses cohéritiers, il lui est dû compte tant des impenses nécessaires que des impenses utiles, et il peut retenir la possession de l'immeuble pour gage de sa créance jusqu'au rem-

(1) Pothier, *des Successions*, *ubi suprà*, pages 487 et 488. — (*a*) Et non au temps de l'ouverture de la succession. *Sic* Duranton, tome 7, no 386; Aubry et Rau, sur Zachariæ, tome 4, § 634, texte et note 15. Comp. toutefois Delvincourt, t. 2, note 8 de la page 42; Chabot, sur l'art. 861, no 4.

boursement effectif des sommes qui lui sont dues pour impenses ou améliorations (art. 867).

Si le rapport se fait en moins prenant, il n'est dû compte au donataire que des impenses nécessaires, les autres restant à son profit.

503. Le donataire, de son côté, doit tenir compte des dégradations et détériorations qui ont diminué la valeur de l'immeuble, par son fait ou par sa faute ou négligence (863).

504. Dans le cas où l'immeuble a été aliéné par le donataire, les améliorations ou dégradations faites par l'acquéreur sont imputées de la manière que nous venons d'expliquer (864).

## § V.

### Quels sont les effets du rapport.

SOMMAIRE.

505. Les biens sont réunis à la masse, libres de toutes charges créées par le donataire.
506. Pourquoi le donataire, qui peut aliéner, ne peut hypothéquer irrévocablement.
507. L'hypothèque des créanciers de l'héritier s'évanouit par le rapport.
508. Les autres héritiers ont sur l'immeuble rapporté un privilége pour la garantie de leurs partages; comment il faut l'inscrire.
509. Les créanciers hypothécaires du donataire peuvent intervenir au partage, et pourquoi.
510. Si le rapport ne se fait pas en nature, les créanciers du donataire conservent leurs hypothèques.
511. Mais si l'héritage rapporté tombe dans le lot du donataire, les hypothèques ne revivent pas.

505. « Lorsque le rapport se fait en nature, les biens se réunissent à la masse de la succession, francs et quittes de toutes charges « créées par le donataire » (865).

506. L'héritier donataire pouvant aliéner valablement l'immeuble sujet au rapport, on peut être surpris qu'il ne puisse l'hypothéquer irrévocablement : *Non debet cui plus licet quod minùs est non licere. Leg.* 21, *ff. de R. J.*

Mais la faculté d'aliéner n'est tolérée que par une exception au principe général : cette exception ne pouvait donc être étendue d'un cas à un autre cas qui ne présente point les mêmes raisons de décider.

Les créanciers de l'héritier n'ont point à se plaindre de voir leur hypothèque s'évanouir par le rapport ; ils ont à s'imputer d'avoir reçu pour sûreté un immeuble sur lequel leur débiteur n'avait qu'un droit résoluble (*a*).

(*a*) V la discussion qui a eu lieu à ce sujet au Conseil d'état (Locré, t. 10,

507. L'immeuble rentrant par le rapport dans la masse de la succession, les créanciers, même chirographaires du défunt, sont préférés aux créanciers hypothécaires de l'héritier donataire (*a*).

Le droit de ces derniers s'évanouit par le rapport. Leur hypothèque n'est point transférée sans une nouvelle inscription légalement prise sur les immeubles qui sont échus en partage à leur débiteur.

S'il recevait son partage en meubles ou en argent, par exemple, au moyen d'une licitation, ou si, ayant partagé confusément les meubles et les immeubles, il avait par le sort une lotie composée presque entièrement de meubles, les hypothèques de ses créanciers n'en seraient pas moins évanouies; ils n'auraient que la ressource d'arrêter le prix de la licitation.

508. Ce ne sont pas seulement les créanciers de la succession que la loi préfère aux créanciers de l'héritier qui rapporte (*b*); ses cohéritiers ont sur l'immeuble réuni à la masse, dans le cas même où il écherrait en partage à celui qui en a fait le rapport, des droits préférables à ceux de ses créanciers.

L'art. 2103, § 3 du Code, leur donne un privilége sur les immeubles de la succession pour la garantie des partages faits entre eux, et celle des soultes ou retours de lot; et l'art. 2109 (1) leur accorde soixante jours, à dater de l'acte de partage, pour faire inscrire leur privilége, sans que, pendant ce temps, aucune hypothèque puisse avoir lieu au préjudice de leurs droits.

509. Au reste, les créanciers du donataire, qui ont hypothèque sur les biens qu'ils rapportent, sont autorisés à intervenir au par-

---

pages 133 et suiv.). Pothier, dans son *Traité des Successions*, distingue également entre l'aliénation totale et la constitution d'hypothèque et autres droits réels. Mais il ne donne point de raisons de cette distinction. *V. Traité des Successions*, chap. 4, art. 2, § 7 et 8. Tout ce qu'on peut dire, c'est que la loi est ainsi faite, et qu'il faut s'y conformer.

(*a*) Le rapport n'a lieu que dans l'intérêt des héritiers : « Il n'est dû, dit l'article 857, que par le cohéritier à son cohéritier; il n'est pas dû aux légataires ni aux créanciers de la succession. » Comment dès lors comprendre que ceux-ci soient préférés sur les biens rapportés, aux créanciers personnels de l'héritier? Évidemment cela n'est pas possible. Les créanciers de l'hérédité n'ont de droit sur ces biens qu'autant que l'héritier donataire est leur débiteur personnel par suite de son acceptation pure et simple. Ces biens ne sont point, à leur égard, biens de la succession; ils ne peuvent donc exercer sur eux le privilége que leur accorde l'art. 2111 C. civ. Ajoutons qu'ils n'y pourraient rien prétendre si l'héritier avait accepté sous bénéfice d'inventaire. — (*b*) *V.* la note qui précède. — (1) L'art. 2109 dit : « Durant lequel temps aucune hypothèque ne peut avoir « lieu sur le bien chargé de soulte, ou adjugé par licitation, au préjudice du « créancier de la soulte ou du prix. » Cet article ne parle point de la garantie des partages, comme l'art. 2103, n° 3. Mais, puisque les cohéritiers ont un privilége, il faut bien qu'ils puissent le faire inscrire. Il faut, pour l'inscrire, lui donner une évaluation, comme nous l'expliquerons à la sect. 4, qui traite de l'effet du partage et de la garantie des lots.

tage, pour s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs droits (art. 865 et 882).

S'il y a dans la succession d'autres immeubles de mêmes nature, valeur et bonté, dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers, les créanciers de l'héritier donataire peuvent s'opposer au rapport en vertu de l'art. 859.

Il peuvent veiller à ce qu'il ne soit pas donné à leur débiteur un lot dans lequel il y aurait plus de mobilier que dans les autres lots; que les immeubles ne soient pas licités sans nécessité; en un mot, s'opposer à toute espèce de fraude qu'on voudrait faire à leurs droits (*a*).

510. Si l'héritier donataire vient en moins prenant, et conserve l'immeuble donné, parce qu'il en existe d'autres dans la succession de pareilles valeur et bonté, les hypothèques qu'il avait créées subsistent, au préjudice des créanciers de la succession, qui n'ont aucun droit au rapport; car, pour faire évanouir les charges créées par le donataire, l'art. 865 exige que l'immeuble soit rapporté *en nature :* sans ce rapport, il n'y a point de réunion à la masse.

511. Mais si l'héritage rapporté en nature et mis en loties vient, par l'effet du partage, à échoir à celui qui l'avait rapporté, les hypothèques qu'il avait créées avant l'ouverture de la succession ne revivent point par cet événement (1), et les créanciers qui auraient fait inscrire leurs créances postérieurement au rapport, primeraient ceux qui ne seraient inscrits qu'avant l'ouverture de la succession, parce que leur hypothèque, étant éteinte par la réunion des biens à la masse

---

(*a*) *V.* encore art. 882 C. civ. — (1) Chabot, sur l'art. 865, n° 4. Dans la 5e édition, M. Chabot, tome 3, p. 505, n° 5, abandonne sa première opinion, et pense que les hypothèques créées avant l'ouverture de la succession, revivent ou plutôt qu'elles ne sont point éteintes, si, par l'effet du partage, l'héritage vient à échoir à celui qui l'avait rapporté, parce que ce n'est qu'en faveur des cohéritiers du donataire qu'a été faite la disposition de l'art. 865, et que d'ailleurs il est censé avoir succédé seul et immédiatement aux effets compris dans son lot (art. 883). Nous croyons la première opinion plus conforme au texte du Code, qui veut qu'au moment du rapport les biens se réunissent à la masse de la succession francs et quittes de toutes charges. Tous les droits de l'héritier donataire sont donc anéantis par l'effet du rapport, et par conséquent les hypothèques qu'il avait créées sont éteintes. Comment peuvent-elles revivre par l'effet du sort? Si l'héritage rapporté tombe dans la lotie du donataire par le sort, il est évident qu'il en devient propriétaire en vertu d'un titre nouveau, dont l'effet ne remonte qu'au jour de la mort du défunt, suivant l'art. 883, et non point au jour de la donation qui est anéantie. C'est un événement qu'ont dû prévoir les créanciers qui ont reçu en hypothèque les biens donnés. Le lecteur pèsera ces raisons. — [La dernière opinion de M. Chabot a été généralement admise *V.* Delvincourt, tome 2, note 5 de la page 42; Duranton, tome 7, n° 404; Favard, *Répert.*, v° Partage des successions, sect. 2, § 2, art. 2, n° 6; Zachariæ, tome 4, § 634, texte et note 21].

de la succession, ne peut revivre que par une nouvelle convention suivie d'une inscription légale.

Si l'hypothèque était judiciaire, comme elle s'étendrait sur tous les biens, il suffirait de renouveler l'inscription.

## SECTION III.

*Du paiement des dettes.*

Il y a deux choses à considérer relativement au paiement des dettes d'une succession :

1° Les actions des créanciers pour se faire payer de ce qui leur est dû, et les personnes contre qui ces actions peuvent être dirigées;

2° La contribution qui se fait entre ces personnes.

### § I.

**Des actions des créanciers.**

Les créanciers peuvent avoir trois sortes d'actions pour se faire payer de ce qui leur est dû par le défunt :

1° Une action personnelle contre les héritiers ou contre ceux qui en tiennent lieu;

2° Une action hypothécaire contre les détenteurs ou possesseurs des biens hypothéqués à leurs créances;

3° Enfin, l'action en séparation du patrimoine du défunt de celui de l'héritier, et d'autres moyens que la loi leur donne pour prévenir l'inconvénient de la division des actions.

#### ART. I.

*De l'action personnelle et des personnes contre qui elle peut être dirigée*

SOMMAIRE.

512. Origine et fondement de cette action.
513. Les actions se divisent de plein droit contre les héritiers et contre ceux qui en tiennent lieu.
514. Même lorsque la succession se divise par souches.
515. Ancienneté de cette division.
516. Les titres exécutoires contre le défunt le sont contre les héritiers.
517. Sous la coutume de Paris, on donnait aux créanciers une action contre l'héritier du sang pour la totalité des dettes, sauf son recours contre les légataires.
518. Il en est autrement sous l'empire du Code. Preuve de cette assertion.
519. Réponse aux objections.
520. L'action des créanciers contre le légataire à titre universel, peut excéder la proportion de son émolument.
521. Les créanciers n'ont plus d'action contre l'héritier que pour sa part virile, sauf leur action contre le légataire pour la part de ce dernier.
522. Si le légataire universel ou à titre universel représente le défunt.

523. Différences qui restent entre les légataires et les héritiers; elles sont étrangères au paiement des dettes et à l'action des créanciers.
524. Actions des créanciers contre les héritiers contractuels,
525. Et contre le mari, la femme ou leurs héritiers, pour les dettes de communauté. Renvoi.
526. Contre les enfans naturels.
527. Contre l'époux survivant ou contre l'État

512. On peut d'abord être étonné que les créanciers du défunt puissent exercer une action personnelle contre son héritier, avec lequel ils n'ont point contracté.

Il est vrai que dans l'état civil et depuis l'établissement de la propriété permanente, les biens qu'un citoyen possède sont affectés à l'accomplissement de tous ses engagemens; ils sont le gage commun de ses créanciers (2093). *Qui s'oblige, oblige le sien.*

Au moyen de ce principe, conservateur de la société, sagement établi par les lois civiles, les obligations qui, dans l'état de nature, s'éteignaient entièrement avec la personne du débiteur, acquièrent un caractère de réalité qui les attache à tous ses biens, lesquels ne peuvent passer qu'avec leurs charges à la personne d'un successeur.

Mais on n'aperçoit là que le principe d'une obligation réelle.

Le successeur n'ayant point contracté avec les créanciers, ne leur est point obligé personnellement; il doit supporter les charges des biens qu'il recueille, et rien de plus; car son but, en les recueillant, est d'augmenter sa fortune au lieu de la diminuer (1).

Comment donc supposer qu'en recueillant ces biens, le successeur s'engage personnellement au-delà de leur valeur?

Il se trouve dans le cas d'un acquéreur qui possède un bien hypothéqué aux créanciers de son vendeur, et contre lequel ils n'ont point d'actions personnelles.

Ces obligations sont naturellement attachées à la personne de celui qui les a contractées; elles s'éteignent par sa mort. Le défunt pouvait obliger ses biens, mais non la personne de ses successeurs, pas même celle de ses enfans.

Cependant, à Rome, les enfans faisaient partie des propriétés du père de famille, lorsqu'ils n'étaient pas sortis de sa puissance par l'émancipation. Leurs personnes, même de son vivant, se trouvaient donc obligées aux dettes qu'il contractait; elles y demeuraient obligées après sa mort, sans pouvoir s'en dispenser, même en abandonnant les biens; et l'on regarda comme un bienfait la faculté qui leur fut donnée de s'abstenir pour se soustraire à l'action des créanciers.

En mettant à l'écart ce qu'il y avait d'injuste et d'excessif dans

(1) *V.* ce que nous dit au commencement de la sect. 3 du chap. 5, n° 352.

les effets de la puissance paternelle à Rome, nous avons vu que naturellement la famille forme une personne morale; que le père de famille n'est considéré que comme l'administrateur des biens communs; qu'à sa mort, ses enfans n'acquièrent pas une propriété nouvelle, mais qu'ils reprennent plutôt la libre administration des biens que le chef ou l'administrateur commun avait acquis pour toute la famille.

Les enfans se trouvent donc, à sa mort, personnellement obligés aux dettes communes, comme, dans les contrats de société, les associés sont personnellement obligés aux dettes contractées par celui qu'ils ont chargé des affaires communes. Les enfans sont censés contracter par la personne de leur père, comme les associés par la personne de leur préposé ou mandataire. Mais les associés, ayant eux-mêmes choisi un mandataire comptable auquel ils peuvent toujours retirer leurs pouvoirs, ne doivent pas, comme les enfans, jouir du droit d'abandonner les biens et de renoncer à la société pour se soustraire aux dettes.

Quoique les raisons qui rendent les enfans personnellement obligés aux dettes du père commun, ne paraissent pas d'abord s'appliquer directement aux collatéraux éloignés, que la nature n'a point mis en société avec le défunt, comme elle y a mis les enfans, il serait injuste de leur accorder plus de faveur qu'à ces derniers. En se mettant à la place que la nature destinait aux enfans, ils doivent être soumis aux mêmes obligations; ce n'est qu'à cette condition que la loi les appelle.

Il en est de même de ceux que le défunt appelle, sous quelque dénomination que ce soit, à lui succéder à titre universel, en tout ou en partie. En acceptant, ils prennent la place des héritiers naturels ou légitimes : *Hi qui in universum jus succedunt, hæredis loco habentur.* Leg. 128, § 1, *ff. de R. J.* Ils connaissent les charges attachées à cette qualité : en l'acceptant, ils s'y soumettent; ils s'obligent volontairement, par un contrat tacite, envers tous ceux qui ont des droits à exercer contre la succession : *Is qui miscuit se (hæreditati) contrahere videtur.* Leg. 4, *ff. quib. ex caus. in poss.*, 42, 4.

La personne des héritiers et de ceux qui en tiennent lieu étant obligée aux dettes et aux charges de la succession, il s'ensuit qu'ils y sont tenus indéfiniment, quand même les biens du défunt ne suffiraient pas pour les payer (1); ils en sont tenus comme le défunt lui-même. S'ils peuvent exercer toutes ses actions, on peut intenter contre eux toutes les actions qui pourraient être intentées contre lui:

(1) Leg. 8, *ff. de acquir vel omitt. hæred.*, 29, 2.

c'est tout ce que signifie la maxime triviale, que l'héritier représente la personne du défunt.

Tels sont l'origine et le fondement de l'action personnelle, que les créanciers peuvent exercer contre l'héritier ou contre celui qui tient lieu d'héritier.

513. Mais s'il y a plusieurs héritiers, on a trouvé qu'il serait injuste que les créanciers pussent diriger solidairement (1) leur action contre l'un d'entre eux.

L'obligation de payer les dettes de la succession se divise de plein droit entre tous les héritiers (2), ou ceux qui en tiennent lieu, même lorsque la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire (arrêt de cassation, du 22 juillet 1811, Denevers, 1813, page 30 et suiv.; Sirey, 1812, page 305 et suiv. *Voy.* Chabot, tome 3, page 575).

Il en résulte que le cohéritier bénéficiaire peut, en offrant au créancier sa part contributive dans la dette, se dispenser de rendre compte. Il n'est point réputé simple administrateur, ni obligé comme tel de compter au créancier de tout ce qu'il a recueilli, ou d'abandonner tout ce qui est échu dans son lot, ou de payer toute la dette; en sorte que chacun d'eux n'est tenu personnellement que pour sa part et portion virile (3), c'est-à-dire pour sa part héréditaire.

Les créanciers doivent donc diviser leur action contre chacun des héritiers, sans pouvoir poursuivre les uns pour les portions des autres, ni demander le tout d'un seul.

Ainsi, s'il y a trois héritiers, chacun d'eux n'est tenu personnellement que pour un tiers, et chacun des créanciers ne peut diriger contre lui d'action personnelle que pour un tiers de sa créance.

514. Si la succession se divise par souche, la subdivision des dettes se fait également de plein droit entre les représentans de chaque souche. Si le défunt laisse pour héritiers deux enfans et quatre petits-enfans, chacun des deux enfans n'est tenu personnellement aux dettes que pour un tiers, et chacun des petits-enfans que pour un douzième seulement (4).

515. Cette division des dettes, qui se fait de plein droit par por-

---

(1) Nous examinerons, tit. 3, chap. 4, sect. 5, § 1, si les créanciers peuvent stipuler qu'en cas de décès de leur débiteur, ils pourront s'adresser solidairement à un seul des héritiers pour la totalité de la dette, comme cela semble résulter de l'art. 1221, § 4, tome 6, page 884.— (2) Sur la division des dettes et sur les exceptions à ce principe, *voy.* ce que nous avons dit tome 6, et Chabot, sur l'art. 873, n° 7, pages 56 et suiv. — (3) *Id est pro numero virorum; viriles portiones æquales interpretatur Paulus, lib 3, tit. 2, sentent.*, § 3, *quæ scilicet pro numero personarum in capita constituuntur.* La loi 1, *Cod. si cert. pet.*, 4, 2, dit : *Pro portionibus hæreditariis.* — (4) Pothier, *des Successions*, chap. 5, art. 3, § 2, page 500; Lebrun, liv. 4, chap. 2, sect. 1, n° 10; Ferrière, sur *Paris*, art. 332, *glos. unic.*, n°s 12 et 13.

tions viriles, entre tous les héritiers, remonte à une antiquité fort reculée, puisqu'on la trouve dans la loi des Douze Tables, dont le texte, restitué par Jacques Godefroy, porte : *Nomina inter hæredes pro portionibus hæreditariis ercta cita sunto.*

Elle continua d'être suivie à Rome (1) et en France, dans les pays de droit écrit; elle fut même reçue dans plusieurs coutumes, et notamment dans celle de Paris, art. 332.

Enfin, elle a été adoptée et rendue générale par le Code civil, qui porte (art. 873) : Les héritiers sont tenus des dettes de la succession *personnellement* pour leur part et portion virile.

La même disposition est répétée dans les articles 1009 et 1012, à l'égard des légataires universels et à titre universel, qui tiennent lieu d'héritiers.

516. Les héritiers, ou ceux qui en tiennent lieu, étant tenus personnellement aux dettes, comme le défunt lui-même, les titres exécutoires contre ce dernier sont pareillement exécutoires contre l'héritier personnellement (2). Néanmoins, les créanciers ne peuvent poursuivre l'exécution que huit jours après la signification de ces titres, à la personne ou au domicile de l'héritier.

517. Suivant les principes que nous venons d'exposer, ce n'est pas seulement contre les héritiers légitimes, ou héritiers du sang, que les créanciers du défunt ont une action personnelle; ils ont la même action contre les héritiers testamentaires ou légataires universels, et généralement contre tous ceux qui tiennent lieu d'héritiers (3).

Mais il y avait, à cet égard, entre les principes que l'on suivait autrefois dans les pays de droit écrit, et ceux que l'on suivait dans les pays de coutume, des différences qu'il est bon de connaître et d'expliquer.

Le droit romain, suivi en France dans les pays de droit écrit, n'appelait les héritiers du sang qu'à défaut d'héritiers testamentaires.

Du reste, il n'y avait aucune différence entre les droits des uns et des autres : ils étaient également saisis des biens en vertu de la maxime, *le mort saisit le vif;* ils pouvaient exercer toutes les actions du défunt; enfin, ils étaient tenus personnellement aux dettes du défunt.

---

(1) *V.* leg. 1, *Cod. si cert. pet.;* leg. 2, *Cod. de hæred. act.*, 4, 16; leg. 33, *ff. de legat.*, 2°, *etc.* — (2) C'est ce qu'on rendait autrefois par la maxime, *le vif exécute le mort*, qui était suivie à Paris, art. 169 de la *Coutume;* mais qui ne l'était pas dans la plupart des autres coutumes, où le créancier était obligé d'obtenir un jugement qui déclarait le titre exécutoire contre l'héritier. *V.* Loisel, *Institutes coutumières*, liv. 6, tit. 5, n° 2; Duparc-Poullain, *Principes du droit*, t. 4, p. 64. — (3) Sur ce numéro et sur le suivant, *voy.* Chabot, sur l'art. 873, n° 29, pages 590 et suiv. Il adopte notre opinion.

Dans les pays de coutume, la loi seule faisait les héritiers.

Les institutions d'héritier n'avaient que la force d'un legs, qui devait être exécuté jusqu'à la concurrence de la quotité de biens dont le testateur pouvait disposer; mais la volonté de l'homme ne pouvait empêcher les héritiers du sang d'être légalement saisis des biens que le défunt possédait au temps de son décès.

Quelque considérable que fût le legs, décoré du nom d'institution d'héritier, quand même il aurait emporté tous les biens, sans aucune réserve pour l'héritier du sang, comme cela pouvait arriver dans la Coutume de Paris, lorsque le défunt n'avait point de propres, il fallait demander la délivrance des biens à l'héritier du sang : les institutions d'héritier n'avaient donc que le caractère d'un legs, *dònatio ab hærede præstanda.*

On ne regarda les légataires, même universels, que comme des successeurs aux biens, et non point à la personne du défunt; et quoiqu'il fût évidemment juste de les faire contribuer aux dettes de la succession, si l'on s'en était tenu aux conséquences subtiles du principe abstrait et mal entendu, que l'action personnelle ne peut exister que contre celui qui représente la personne du défunt, les créanciers de la succession n'auraient eu d'action que contre les héritiers du sang, sauf le recours de ces derniers contre les légataires universels.

Cependant, pour éviter les circuits, on accorda aux créanciers une action directe (1) contre les légataires universels; mais les héritiers n'en restaient pas moins obligés aux dettes pour leur part virile.

Ainsi, quoiqu'il existât un légataire universel, qui emportait la moitié des biens, l'héritier, s'il était unique, restait personnellement obligé à toutes les dettes; s'ils étaient deux, ils en étaient tenus chacun pour la moitié (2), sauf leur recours contre le légataire universel, auquel les créanciers pouvaient ne pas s'adresser, quoiqu'ils eussent la faculté de le faire; en un mot, quoique dans la réalité le légataire universel succédât comme l'héritier *in universum jus*, on persistait à le considérer comme un simple successeur aux biens, et non comme un héritier, contre la règle de droit que nous avons déjà rappelée, *hi qui succedunt in universum jus, hæredis loco habentur*, leg. 128, § 1, *ff. de R. J.*, et les actions passives continuaient de reposer sur sa tête.

Cette maxime pouvait souvent devenir onéreuse aux héritiers du

(1) *V.* les commentateurs de la *Coutume de Paris*, sur l'art. 334; Lebrun, *des Successions*, liv. 4, chap. 2, sect. 1, nos 3 et 5. — (2) Pothier, *des Successions*, chap. 5, art. 3, §§ 1 et 2, pages 586 et 589: Lebrun, *ubi suprà*, n° 5; Bourjon, *Droit commun de la France*, tome 1, page 818, no 21, et 819, n° 23 édition de 1747.

sang, en faveur desquels elle avait été introduite; car si le légataire universel dissipait les meubles et les biens de la succession, et devenait insolvable avant d'avoir payé sa portion contributive des dettes, toute la charge retombait sur les héritiers, qui restaient exposés à l'action des créanciers, comme l'a fort bien observé Lebrun (1).

518. Il paraît donc plus conforme à l'équité et au principe de la division des dettes, que l'action personnelle ne puisse être dirigée contre l'héritier que pour sa part, sauf au créancier à s'adresser pour le surplus au légataire universel. C'est aussi ce qui paraît résulter des dispositions du Code, quoique des jurisconsultes très éclairés aient pensé le contraire, sans faire attention au changement qui s'est opéré dans la législation, relativement aux légataires universels.

Le Code n'a point, comme le droit coutumier, rejeté les institutions d'héritier; il les a expressément admises, et a même voulu donner aux legs universels la même force qu'aux institutions d'héritier (1002); mais il a voulu que l'effet que produisent les unes et les autres s'accordât avec les dispositions sur les réserves ordonnées en faveur de certains héritiers, et sur l'obligation des héritiers légitimes au paiement des dettes et charges de la succession.

S'il n'y a point d'héritiers légitimaires, c'est-à-dire en faveur de qui la loi fasse une réserve, le légataire universel est saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu à demander la délivrance à l'héritier du sang (1006). Il a tous les droits que les lois romaines donnent à l'héritier institué; les parens n'en ont plus aucuns. La disposition du défunt l'emporte sur celle de la loi; les actions actives et passives ne reposent que sur sa tête : c'est contre lui seul que les créanciers peuvent diriger leurs actions.

Voilà donc un changement bien marqué dans la législation.

Mais si le légataire universel est en concours avec un héritier légitimaire, par exemple avec un ascendant à qui la loi attribue un quart des biens, il est obligé de demander la délivrance au légitimaire : d'où il suit qu'avant cette délivrance, les actions reposent sur la tête de ce dernier, qui seul a la saisine légale. Mais continuent-elles d'y résider exclusivement après la délivrance, de manière qu'il puisse seul agir contre les débiteurs de la succession, et que les créanciers puissent n'agir que contre lui pour la totalité des dettes, comme dans la Coutume de Paris, sauf son recours contre le légataire universel?

L'affirmative nous paraît inconciliable avec les dispositions du Code, et nous pensons que, par l'effet de la délivrance, les actions se

(1) *Ubi suprà*, n° 48.

divisent de plein droit entre l'héritier légitimaire et le légataire universel ou héritier institué, pour leur part et portion virile.

Il est d'abord certain que l'héritier légitimaire ne pourrait agir solidairement contre un débiteur de la succession, pour contraindre ce débiteur à lui payer la totalité de la dette, dont il ne lui appartient qu'un quart. Il n'aurait pas ce droit dans le cas proposé, quand même il n'existerait point de légataire universel. La présence de ce dernier ne peut lui donner un droit qu'il n'aurait pas sans ce concours.

C'est donc sur la tête du légataire universel que reposent les actions ou les droits actifs pour les trois quarts.

Quant aux actions passives, c'est, suivant l'art. 1009, le légataire universel qui est seul chargé d'acquitter les legs particuliers; ce n'est qu'à lui que les légataires peuvent s'adresser pour demander la délivrance, puisque lui seul a intérêt d'examiner leur droit.

Ainsi, voilà toute une classe de créanciers de la succession qui n'ont d'action que contre le légataire universel, et non contre l'héritier légitimaire.

Quant aux autres créanciers, le légataire universel, suivant le même article, est tenu des dettes et charges de la succession, *personnellement* pour sa part et portion, et *hypothécairement* pour le tout, de même que l'héritier du sang, suivant l'art. 873.

C'est donc au légataire universel que les créanciers doivent, dans l'exemple proposé, s'adresser pour les trois quarts de leurs dettes, et non pas à l'héritier légitimaire, qui n'est tenu personnellement que pour sa part et portion virile, c'est-à-dire pour un quart.

Il nous paraît donc démontré que, sous l'empire du Code, le créancier ne peut plus, comme il le pouvait sous la Coutume de Paris, contraindre personnellement les héritiers du sang à payer la totalité des dettes, sauf leur recours contre le légataire universel.

519. Il est vrai que l'art. 873 porte que les héritiers sont personnellement tenus des dettes pour leur part et portion virile, sauf leur recours, soit contre *leurs cohéritiers*, soit contre les légataires universels, à raison de la part pour laquelle ils doivent y contribuer; mais il ne faut pas en conclure que les héritiers du sang sont obligés envers les créanciers à payer la totalité des dettes, quoiqu'il existe un légataire universel, et sauf leur recours vers ce dernier.

Le recours que cet article donne à l'héritier contre le légataire universel, est mis sur la même ligne que le recours contre son cohéritier, dont pourtant il n'est pas obligé de payer la portion virile.

Ce recours ne peut donc être entendu que du cas où la portion virile excède la proportion de son émolument, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant; ou bien du cas où l'héritier a été

obligé, par l'action hypothécaire, de payer plus que sa contribution.

On ne peut donc pas conclure de la disposition finale de l'art. 873, que l'héritier légitime reste obligé, sauf son recours, de payer personnellement la part virile des dettes, à laquelle le légataire universel ou héritier institué est personnellement obligé.

520. Allons plus loin :

Le Code donne aux créanciers de la succession une action personnelle contre le légataire à titre universel, et cette action, comme celle qu'ils ont contre les héritiers, s'étend à toute sa part et portion virile, quoiqu'il ne soit tenu de contribuer qu'au *prorata de son émolument*. C'est ce qui résulte des articles 1012 et 871.

Ainsi, son obligation aux dettes envers les créanciers peut être plus forte que sa contribution avec les héritiers, *et vice versâ* (*voy.* le paragraphe suivant).

Par exemple, Titius laisse pour héritiers ses deux frères, et il lègue à Paul le tiers de tous ses biens, mais il le charge de donner 10,000 fr. à Caïus. Il laisse en mourant une fortune de 60,000 fr.

La part virile de chacun des deux frères est d'un tiers, celle de Paul est également d'un tiers; et les créanciers, aux termes de l'article 1012, peuvent le contraindre personnellement à payer le tiers des dettes, quoique avec les héritiers il ne doive y contribuer que pour un cinquième, qui est le prorata de son émolument; mais cette contribution est étrangère aux créanciers, qui n'en ont pas moins le droit d'agir contre lui pour un tiers, sauf son recours (*a*).

L'action personnelle que le Code donne aux créanciers contre le légataire à titre universel, n'est donc plus, comme elle l'était dans l'ancienne jurisprudence, une action personnelle *imparfaite*, ainsi que le dit Lebrun (1), en ce qu'elle ne l'obligeait aux dettes qu'au prorata et jusqu'à la concurrence de son émolument : c'est une action personnelle parfaite, de même nature que celle qui compète contre les héritiers, et qui l'oblige de payer les dettes pour sa part virile, sauf son recours contre les héritiers, en cas que cette part virile excède sa portion contributive, comme dans le cas proposé; c'est ce qui nous paraît démontré.

---

(*a*) Je pense que dans cette hypothèse le légataire universel devra payer à la fois la somme de 10,000 fr., et en outre *le tiers et non le cinquième des dettes*. Le légataire peut, en effet, être grevé d'une part des dettes ou charges supérieure à sa portion contributoire. Tout dépend, à cet égard, de la volonté du testateur (Comp n° 550 ci-après). L'art. 871 en disposant que : « Le légataire à titre universel contribue avec les héritiers *au prorata de son émolument*, a voulu simplement exprimer : qu'il est tenu des dettes de la succession en proportion de ce que la part des biens à lui légués est au total de la succession. Comp. art. 1012, et Pothier, *Traité des testamens*, ch. 2, sect. 1, § 2.—(1) Liv. 4, chap. 2, sect. 1, n° 3.

521. Cela posé, il nous semble impossible d'admettre aujourd'hui que l'action des créanciers continue, comme sous la Coutume de Paris, d'exister pour une moitié contre les héritiers du sang, lorsqu'il y en a deux et un légataire à titre universel d'un tiers (1).

Cette action est réduite au tiers, parce que, dans les principes du Code, les actions reposent sur la tête des légataires universels ou à titre universel, aussi bien que sur celle des héritiers; elles se divisent de plein droit entre les uns et les autres après la délivrance; et en cela les principes du Code nous paraissent préférables aux subtilités de l'ancienne jurisprudence.

En effet, autoriser les créanciers à agir contre les héritiers pour la part virile des légataires, ce serait les rendre débiteurs solidaires avec ces derniers, tandis que les légataires ne sont pas solidaires avec les héritiers; ce serait établir, ce qui est inouï en jurisprudence, une solidarité qui ne serait point réciproque; ce serait rendre la condition des légataires meilleure que celle des héritiers.

522. Si l'on s'obstinait à dire que les héritiers, représentant seuls la personne du défunt, sont, comme lui, tenus personnellement de toutes les dettes, nous répondrions que cette objection ne consiste que dans l'abus des mots, et qu'elle dégénère en cercle vicieux. Celui sur la tête duquel reposent les actions actives et passives du défunt, représente sa personne dans le sens des jurisconsultes.

Or, il est prouvé, par des textes positifs, que les actions actives et passives reposent sur la tête des légataires universels ou à titre universel, pour leur part et portion : donc ils représentent le défunt pour cette part et portion, de même que les héritiers pour la leur (*a*).

---

(1) *V.* Pothier, *ubi suprà*, page 589.

(*a*) Il résulte de tout ce que l'auteur a dit dans les nos qui précèdent, depuis et y compris le no 515: 1o que les légataires, soit universels, soit à titre universel, tiennent lieu d'héritiers, et qu'en conséquence ils sont tenus à acquitter les dettes de la succession, même *ultrà vires;* 2o que les créanciers doivent diviser leurs actions contre eux et contre les héritiers.

Cette double décision n'est pas sans difficulté.

Dans l'ancien droit les légataires universels ou à titre universel n'étaient considérés que comme des successeurs aux biens. La saisine leur était refusée. Ils n'étaient tenus des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens et en vertu de la maxime : *bona non intelliguntùr nisi deducto ære alieno*

Les créanciers, dit très bien M. Merlin, n'avaient aucune action contre eux dans le droit romain; nos ancêtres plus indulgens et moins pointilleux leur en ont, à la vérité, donné une; mais elle n'est pas proprement personnelle, elle est *in rem scripta*, ou plutôt, comme dit Ricard, *ad rem;* d'où il suit, continue cet auteur, qu'ils ne peuvent être tenus des dettes que jusqu'à concurrence de ce qu'il profitent des biens du défunt, et que sitôt qu'ils en sont évincés ou qu'ils les ont abandonnés volontairement, l'action que les créanciers avaient contre eux cesse aosolument. *V. Quest. de droit*, vo Requête civile, § 7. Comp. Pothier, *des Successions*, chap. 5, art. 3. § 1.

Les seuls représentans de la personne étaient dans les pays de coutumes

l'héritier du sang, et de plus, pour les pays de droit écrit, l'héritier institué, soit par testament, soit contractuellement : seuls ils avaient la saisine; ils pouvaient exercer toutes les actions du défunt, mais aussi ils étaient tenus des dettes même *ultrà vires*.

Cela posé, il s'agit d'examiner si et comment cet état de choses a été modifié, ou plus précisément, s'il est vrai, comme le soutient l'auteur, que le Code a voulu assimiler les légataires universels ou à titre universel aux héritiers ordinaires?

Occupons-nous d'abord des légataires à titre universel.

Aujourd'hui, comme autrefois, l'héritier est le représentant complet de la personne du défunt; en cette qualité il succède à tous ses droits et actions, ainsi qu'à toutes ses obligations, *in universum jus succedit*. Il est investi au moment même de la mort de son auteur de la propriété et de la possession de tout ce qui formait le patrimoine de celui-ci (art. 724). Il est, si je puis m'exprimer ainsi, son *alter ego*.

En est-il de même du légataire à titre universel? La négative est évidente. Il n'a point la saisine. Aux termes de l'art. 1011, « il est tenu de demander la délivrance aux héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi; à leur défaut, aux légataires universels, et à défaut de ceux-ci aux héritiers appelés dans l'ordre établi au titre des successions.» Il n'a point la vocation à l'universalité du patrimoine, *in universùm jus non succedit*. On ne peut donc le réputer, *hæritier, hæredis loco non habetur*. Le consul Cambacérès en a fait l'observation, en ces termes : « Dans le droit romain le testament était nul lorsqu'il ne contenait point d'institution d'héritier, et par cette raison l'héritier institué pour une quotité seulement, était réputé institué pour le tout. Dans notre droit, ce principe n'est point admis. Ainsi, la personne qui ne recueille qu'une partie des biens, quelque nom que le testateur lui donne, ne sera cependant qu'un *légataire*.» Locré, tome 2, page 256.

Comme on le voit, le Code n'a point voulu faire du légataire à titre universel un successeur à la personne.

On oppose qu'il est tenu *personnellement des dettes*, qu'il est injuste qu'il soit mieux traité qu'un héritier ordinaire. La réponse est facile : l'obligation personnelle existait également autrefois. L'art. 1012 n'est que la reproduction de l'ancienne doctrine. La preuve en est dans l'art. 871 qui dispose que : « Le légataire à titre universel contribue avec les héritiers *au prorata de son émolument*.» Je conviens que, sous ce rapport, il est un peu mieux traité que l'héritier; mais telle est la conséquence de son titre, et d'ailleurs, il n'est pas plus inique de l'assujettir aux dettes jusqu'à concurrence des biens seulement, que d'en exempter tout à fait le légataire particulier.

Concluons donc qu'à l'égard du légataire à titre universel, le Code ne contient aucune innovation, qu'il n'est pas plus que par le passé un successeur à la personne, et que dès lors il n'est sujet aux dettes que *propter bona et pro modo emolumenti*. *V.* en ce sens, Chabot, sur l'art. 774, n° 14; Duranton, tome 7, n° 14; Delvincourt, tome 2, note 7 de la page 95 et note 1 de la page 96.

Relativement au légataire universel, la question est plus délicate.

Nous avons vu précédemment que dans l'ancienne jurisprudence, il n'était regardé que comme un successeur aux biens; que dans les pays de Coutume la loi seule faisait l'héritier; que dans les pays de droit écrit les droits et les prérogatives attachés à cette qualité appartenaient également à l'héritier institué, mais que le légataire universel ne pouvait s'en prévaloir. Ainsi, l'héritier du sang, ou l'héritier institué, était seul considéré comme représentant de la personne, seul il avait la saisine : le légataire universel devait dans tous les cas lui demander la délivrance.

Aujourd'hui la loi n'établit aucune distinction entre l'héritier institué et le légataire universel (art. 1002). Mais a-t-elle voulu les assimiler aux héritiers légitimes, ou bien encore à l'héritier institué des pays de droit écrit?

Le légataire universel est, comme l'héritier, appelé à recueillir la totalité du patrimoine du défunt. C'est ce qu'exprime l'art. 1003 en ces termes : « Le légs

universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera au jour de son décès. Ainsi il a la *vocatio in universum jus*.

Ce n'est pas tout : les rédacteurs du Code lui ont accordé la saisine sous la condition toutefois qu'il ne se trouvera pas en concurrence avec des héritiers légitimes. Dans cette hypothèse, il est clair que l'héritier du sang est tout à fait étranger à l'hérédité. Tous les droits, toutes les prérogatives qui lui auraient appartenu, si le défunt était mort intestat, ont passé à l'héritier institué. C'est donc lui qui représente la personne du défunt, et qui, par conséquent, succède à toutes ses obligations : « Lorsqu'il existe un héritier testamentaire, a dit M. Portalis, il n'y a plus d'héritier légal, car la loi n'attache pas moins d'effet à la disposition que fait l'homme en vertu de l'autorisation qu'elle lui donne, qu'à la disposition qu'elle fait elle-même directement. Ainsi, l'héritier testamentaire est l'héritier légal, comme l'héritier *ab intestat* (*V.* Locré, tome 11, page 219).

Le Code a donc voulu mettre le légataire universel qui a la saisine, sur la même ligne que l'héritier ordinaire. La discussion qui a eu lieu, à ce sujet, au sein du Conseil d'état justifie complétement, selon moi, cette proposition. *V.* Locré, tome 11, pages 212 et suiv.

Dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire lorsque le légataire universel se trouve en concours avec des héritiers à réserve, il est assez difficile de voir en lui le continuateur de la personne du défunt. La loi lui refuse la saisine. Il est tenu de demander aux réservataires la délivrance des biens compris dans le testament (art. 1004) ; ce qui n'a pas lieu pour les héritiers légitimes qui peuvent se trouver en concours avec des héritiers à réserve, comme dans le cas prévu à l'article 747 C. civ. Sous ce rapport, les rédacteurs du Code paraissaient s'être écartés tout à fait des dispositions du droit écrit relatives à l'héritier institué, pour s'en tenir à celles des Coutumes qu'ils avaient d'abord adoptées. On peut même invoquer, à ce sujet, l'opinion de l'orateur du gouvernement qui, après avoir rappelé, relativement à la saisine de l'héritier institué, les systèmes différens des pays de droit écrit et des pays de Coutume, ajoute : « Ni l'une ni l'autre de ces deux opinions n'a été entièrement adoptée. On a pris dans chacune d'elles ce qui a paru le plus propre à concilier les droits de ceux que la loi appelle à la succession, et de ceux qui doivent la recueillir par la volonté de l'homme. *V.* Locré, tome 2, page 403.

En résumé, le légataire universel, qui a la saisine, représente la personne du défunt, et en cette qualité il doit, comme l'héritier, acquitter toutes les dettes de la succession. Le légataire à titre universel et le légataire universel qui n'a pas la saisine ne sont que des successeurs aux biens. Ils ne sont tenus des dettes que jusqu'à concurrence de ce qu'ils profitent des biens. Toutefois il convient d'observer que c'était dans tous les pays coutumiers une jurisprudence constante ; que si le légataire, après avoir obtenu la délivrance des biens, s'en était mis en possession sans en avoir fait préalablement constater la valeur par un inventaire légal, il était tenu indéfiniment des dettes et charges de la succession : « Si l'on en usait autrement, disait Lemaître, si un légataire universel en était quitte pour rendre les effets dont on justifierait qu'il se serait emparé, ce serait donner lieu à la fraude, et l'engager à ne point faire inventaire, parce, comme la preuve serait difficile, il pourrait toujours espérer de profiter d'une partie des effets. » Comp. aussi Pothier, *des Successions*, ch. 5, art. 2, § 3. *V.* dans le sens de notre opinion, Chabot, sur l'art. 774, § 14 ; Duranton, tome 7, n° 14, Delvincourt, tome 2, note 7 de la page 95 et note 1 de la page 96.

Venons maintenant à la seconde question : elle consiste à savoir si les créanciers doivent diviser leurs actions à la fois contre les héritiers et les légataires universels ou à titre universel ? Anciennement cette question ne présentait aucune difficulté.

Le droit coutumier faisait dépendre l'obligation personnelle aux dettes du défunt de la représentation de la personne. Il en résultait, comme l'a expliqué M. Toullier, que les héritiers, seuls représentans de la personne, pouvaient être poursuivis pour le tout, sauf leur recours contre les légataires.

523. Il y a cependant entre eux et les héritiers quelques différences qui n'intéressent en rien les créanciers ni la représentation de la personne du défunt; c'est d'abord la délivrance qu'ils sont obligés de demander aux héritiers.

---

Le Code a-t-il abrogé cette jurisprudence? j'ai peine à le croire. L'art. 724 dispose que les héritiers légitimes sont saisis des biens, droits et actions du défunt, *sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de l'hérédité*. C'est contre les héritiers seulement que l'art. 1220 divise de plein droit et dans la proportion des parts, dont ils sont saisis, les créances et les dettes de l'hérédité. Enfin comme le font observer MM. Aubry et Rau : « En réglant par des dispositions distinctes et rédigées dans des termes différens, la manière dont les héritiers sont tenus de contribuer entre eux à l'acquittement des dettes héréditaires, et celles dont ils sont obligés au paiement de ces mêmes dettes, à l'égard des créanciers (Comp. art. 870 et 873), les rédacteurs du Code ont bien clairement manifesté l'intention de rester fidèles au système du droit coutumier.»

On objecte qu'il s'est opéré un changement dans la législation, relativement à la saisine que le Code accorde aux légataires universels qui ne se trouvent pas en concours avec des héritiers légitimaires. J'en conviens. Mais je crois avoir démontré que ce changement est le seul que le législateur ait voulu établir sur ce point aux principes du droit coutumier:— Qu'à la différence du droit coutumier, le Code n'a point rejeté les institutions d'héritier, qu'il les a au contraire expressément admises (art. 967 et 1002). Cette objection se réfute par le rapprochement des dispositions de ces articles, de celles de l'art. 299 de la Coutume de Paris, qui est ainsi reçu : « Institution d'héritier n'a lieu, c'est-à-dire qu'elle n'est requise, et nécessaire pour la validité du testament; mais ne laisse de valoir la disposition jusqu'à la quantité des biens dont le testateur peut valablement disposer par la coutume. » Les articles précités du Code ne font, comme on le voit, que reproduire, en d'autres termes, cette disposition. On ne saurait y trouver l'intention d'assimiler les légataires universels et à titre universel aux héritiers du sang; — Que les légataires, dont il s'agit, sont tenus des dettes. — J'ai déjà répondu à cette objection; — Qu'autoriser les créanciers à agir contre les héritiers pour la part virile des légataires, ce serait les rendre débiteurs solidaires avec ces derniers, tandis que les légataires ne sont pas solidaires avec les héritiers; établir une solidarité qui ne serait pas réciproque et rendre la condition des légataires meilleure que celle des héritiers. — Mais il en a toujours été ainsi, et l'on ne voit pas qu'autrefois ce système ait soulevé de réclamations. D'ailleurs les héritiers sont moins à plaindre en pareil cas que lorsqu'ils se trouvent en rapport avec des légataires particuliers, dont les droits s'élèvent quelquefois à des valeurs considérables; enfin il faut également considérer l'intérêt des créanciers qui seraient placés, pour ainsi dire, dans l'impossibilité d'agir dans le cas où un legs à titre universel aurait pour objet, ou tous les immeubles, ou tout le mobilier, ou une quotité fixe de tous les immeubles, ou de tout le mobilier; car en pareille circonstance pour connaître la quote part dont chacun serait tenu, il serait nécessaire de déterminer préalablement, au moyen d'une estimation exacte, la valeur du legs comparativement à celle de l'hérédité entière. Au surplus, M. Toullier avoue que, lorsque le légataire universel se trouve en concours avec un héritier à réserve, toutes les actions et les obligations reposent sur la tête de ce dernier jusqu'à la demande en délivrance. Or, comme le remarquent MM. Aubry et Rau, « il est impossible d'admettre que la délivrance des legs à laquelle les créanciers restent complétement étrangers, puisse avoir pour effet de changer leur condition et d'altérer les droits que la saisine, suivie de l'acceptation pure et simple de la succession, leur avait irrévocablement conférés contre les héritiers.» *V.* Zachariæ, tome 4, § 636; Duranton, tome 7, no 435; Delvincourt, tome 2, note 2 de la page 95.

L'action en délivrance est différente de l'action en partage, comme nous l'avons déjà observé,

1° En ce que les loties ne sont point tirées au sort : l'héritier donne ce qu'il veut, suivant la maxime *electio debitoris est* (*a*).

2° Les rapports que l'héritier est obligé de faire à ses cohéritiers ne concernent point les légataires universels ou à titre universel, qui n'en profitent point.

Mais aussi les légataires ne sont point, comme les héritiers, tenus de rapporter les dons qu'ils ont reçus du vivant du testateur, lorsque ces dons, joints aux legs, n'excèdent point la portion disponible.

524. Les créanciers ont encore une action personnelle contre les héritiers contractuels, c'est-à-dire contre les donataires par contrat de mariage, de tout ou de partie des biens que le donateur laissera au jour de son décès, conformément aux articles 1083, 1084 et 1085.

Ces donataires tiennent lieu d'héritiers, et s'ils se trouvent en concours avec des héritiers légitimes, il faut, pour la division des actions, suivre les règles que nous venons d'expliquer (*b*).

525. Quant aux actions des créanciers contre le mari, contre la femme ou contre leurs héritiers, pour les dettes de la communauté, après sa dissolution, nous renvoyons au tit. 5, art. 1482 et suivans.

526. Le Code ne contient aucune disposition sur l'obligation des enfans naturels au paiement des dettes du défunt, ni sur l'action que les créanciers ont contre eux, et ce silence peut causer de l'embarras.

Il est cependant évident qu'ils doivent contribuer aux dettes, et que les créanciers ont une action contre eux; ils ont droit à la totalité des biens de leurs père et mère, s'il n'y a pas de parens au degré successible; et, dans ce cas, il est évident qu'ils sont assujettis au paiement de toutes les dettes, et que les créanciers ont contre eux une action pour la totalité.

Mais si, comme ils y sont obligés (769), ils ont fait un inventaire exact et fidèle, précédé de l'apposition des scellés, on pense communément qu'ils sont assimilés aux héritiers sous bénéfice d'inventaire, et qu'ils ne sont pas tenus aux dettes *ultrà vires*.

Ainsi ils sont, en ce point, plus favorisés que les héritiers légitimes, qui ne jouissent point du bénéfice d'inventaire sans avoir fait une déclaration au greffe du tribunal, et sans observer en outre, pour la vente des biens, des formalités auxquelles ne sont point assujettis les enfans naturels (1).

---

(*a*) V. n° 282 et mes observations. — (*b*) Appliquez ici ce que j'ai dit, relativement aux légataires universels et à titre universel. Note du n° 522. — (1) Dans

Cette inconséquence dans la jurisprudence vient de ce que, dans le silence de la loi, on est resté attaché au principe subtil que l'héritier légitime représente la personne du défunt, et que l'enfant naturel n'est pas héritier; mais si les lois lui refusent le titre d'héritier légitime, elles lui donnent celui d'héritier, *hæredis loco habetur.*

Il devrait donc être assujetti à toutes les formalités auxquelles la loi soumet l'héritier légitime, pour la sûreté et l'intérêt des créanciers, comme on y soumet l'héritier institué ou légataire universel, qui doit prendre la succession sous bénéfice d'inventaire, s'il veut se dispenser de payer les dettes *ultrà vires.*

Si l'enfant naturel se trouve en concours avec un héritier légitime, comme c'est le cas le plus ordinaire, par exemple, si le défunt a laissé un frère et un enfant naturel, sa succession appartient au premier pour les trois quarts, et au second pour un quart.

Quoique le Code ne règle point leur contribution aux dettes, il est évident qu'elle doit suivre leurs parts viriles, et qu'elle doit être des trois quarts au quart. Si les dettes sont payées sur la masse avant de la diviser il n'y a pas de difficulté : l'enfant naturel ne reçoit son quart que sur le restant.

Mais si, après la division faite, après que chacun est en possession de sa portion, il se découvre des créanciers, auront-ils une action directe pour la totalité contre l'héritier légitime, sauf son recours contre l'enfant naturel?

S'il en était ainsi, la condition de l'héritier serait pire que s'il était en concours avec un autre héritier légitime, ou même avec un héritier bénéficiaire, ou un légataire universel; car, au moyen de la division des dettes, qui se fait de plein droit, les créanciers n'auraient d'action contre lui que pour sa part virile.

Pourquoi donc serait-il tenu au-delà, s'il est en concours avec un enfant naturel? Il y aurait en cela une véritable injustice; et comme, à défaut d'une disposition précise de la loi, les juges sont des ministres d'équité, ils nous semble qu'ils devraient appliquer à ce cas le principe de la division des dettes, et renvoyer les créanciers se pourvoir contre l'enfant naturel pour sa part virile; car enfin cet enfant tient lieu d'héritier (*a*).

527. Nous avons vu, chap. 4, sect. 2, que jusqu'à ce que le temps

---

ce sens du moins que l'omission des formalités ne les assujettit pas aux dettes *ultà vires.*

(*a*) Je crois qu'il faut se tenir à l'opinion générale que l'auteur a indiquée en commençant. Les raisons qu'il donne pour assimiler les enfans naturels aux héritiers légitimes ont été déjà refutées (*V.* la note du n° 522). J'ajoute que l'enfant naturel, qui se trouve en concours avec un frère du défunt, n'a pas droit seulement au quart de la succession, mais bien à moitié (*V.* art. 757).

de la prescription se soit écoulé, l'époux survivant et l'État ne sont considérés que comme dépositaires des biens : ils ne peuvent donc être assujettis aux dettes que comme détenteurs des biens qui y sont affectés.

---

### ART. II.

*De l'action hypothécaire.*

SOMMAIRE.

528. Cette action est solidaire contre tout détenteur de l'héritage hypothéqué.
529. Les créanciers peuvent cumuler l'action personnelle et l'hypothécaire.
530. L'héritier peut éviter la condamnation solidaire en abandonnant l'héritage, et en payant sa part virile des dettes.
531. L'héritier, qui a cessé de posséder sans fraude l'immeuble hypothéqué, ne peut plus être poursuivi solidairement.
532. Ainsi, l'insolvabilité d'un héritier peut faire perdre les créanciers.
533. Le légataire particulier, forcé par l'action hypothécaire de payer toute la dette, est subrogé au droit du créancier. *Quid*, s'il est en même temps héritier?
534. Recours du cohéritier contre ses cohéritiers.

528. Si les héritiers, et ceux qui en tiennent lieu, ne sont personnellement obligés aux dettes et charges de la succession que pour portion virile envers chaque créancier, ils peuvent y être hypothécairement obligés pour le tout (873—1009—1012).

L'hypothèque est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles; elle les suit dans quelques mains qu'ils passent (article 2114).

Ainsi, les créanciers hypothécaires de la succession, outre l'action personnelle qu'ils ont contre chacun des héritiers ou successeurs à titre universel, ont une action hypothécaire contre tout détenteur d'un immeuble de la succession, sur lequel ils ont un droit d'hypothèque; et cette action hypothécaire leur donne le droit de conclure solidairement, contre chacun des héritiers ou successeurs au paiement total de leurs créances.

529. Les créanciers peuvent cumuler les deux actions personnelle et hypothécaire, et conclure, en conséquence, contre chaque héritier, à ce qu'il soit condamné personnellement pour la part dont il est héritier, et hypothécairement pour le tout.

530. L'héritier peut être déchargé de la condamnation solidaire, en offrant d'abandonner tous les immeubles soumis à l'hypothèque qui lui sont échus, si le partage est déjà fait, ou la part indivise qu'il a dans ceux de la succession, si le partage n'est pas encore fait (art. 2168—2172).

Mais cet abandon ne le dégage point de la condamnation person-

nelle pour la part dont il est héritier; il doit, outre l'abandon des immeubles hypothéqués, payer sa portion virile des dettes sur les autres biens qu'il a recueillis, et à leur défaut sur ses biens personnels.

C'est pour cela que, dans les conclusions comme dans le jugement, on distingue toujours ces deux objets. On condamne l'héritier personnellement pour la portion dont il est héritier, et hypothécairement pour le tout.

531. L'héritier qui a cessé de posséder (1) sans fraude les biens soumis à l'hypothèque, ne peut plus être poursuivi solidairement, quand même il posséderait d'autres immeubles de la succession; car, suivant le nouveau régime hypothécaire, il n'y a plus que l'hypothèque légale et l'hypothèque judiciaire qui s'étendent sur tous les biens.

L'hypothèque conventionnelle ne pouvant plus être que spéciale, l'action qui en résulte ne peut être dirigée que contre les détenteurs de l'immeuble spécialement affecté au paiement des dettes.

532. Cette observation est importante; car le créancier chirographaire, qui n'a pas eu la précaution d'agir avant le partage, peut courir le risque de perdre une partie de la créance par l'insolvabilité de l'un des héritiers.

En effet, la créance étant divisée de plein droit par portions viriles, si l'un des héritiers, que l'on suppose au nombre de quatre, a vendu et dissipé tous ses biens, ainsi que ceux qu'il avait recueillis dans la succession, le créancier perd le quart de la créance, n'ayant plus aucune action pour la réclamer vers les autres héritiers, contre lesquels il n'a d'action personnelle que pour leur portion virile, quoiqu'ils possèdent des immeubles de la succession, pourvu que ces immeubles soient libres d'hypothèque.

533. Le légataire particulier n'étant point obligé personnellement aux dettes de la succession, les créanciers qui n'ont pas fait saisir, avant leur délivrance, les meubles ou immeubles légués, n'ont point d'action personnelle contre lui.

Mais si l'immeuble légué était grevé d'une hypothèque, le légataire, obligé d'acquitter la dette pour éviter l'action hypothécaire, demeure subrogé à tous les droits du créancier (874) (2); il peut,

(1) Lebrun, *des Success.*, liv. 4, ch. 1, sect. 1, n° 8; Pothier, *des Success.*, p. 608. — (2) Si le légataire particulier était en même temps héritier, ce qui arrive lorsque le défunt a fait à l'un des successibles un legs par préciput, pourrait-il, déduction faite de sa portion virile, exercer l'action hypothécaire contre l'un de ses cohéritiers, lorsqu'il a été forcé, pour éviter le délaissement, de payer la totalité d'une dette commune? M. Chabot, sur l'art. 875, n° 3, est pour l'affirmative, et la généralité de l'art. 874 paraît favoriser son sentiment. Ce n'est

comme celui-ci l'aurait pu faire, diriger, soit l'action personnelle contre les héritiers, légataires ou donataires à titre universel, chacun pour sa part et portion, soit l'action hypothécaire pour le tout, contre ceux d'entre eux qui seraient détenteurs d'un immeuble hypothéqué à la même dette.

534. Le cohéritier qui, par l'effet de l'action hypothécaire, a payé au-delà de sa part héréditaire dans la dette commune, a un recours contre les autres héritiers et contre les légataires universels, à raison seulement de la part pour laquelle ils doivent y contribuer (873, 875, 876, 1213, 1214), comme nous le dirons *infrà* § 2.

---

### ART. III.

*Des autres droits que la loi donne aux créanciers sur les biens de la succession, et de la séparation des patrimoines.*

SOMMAIRE.

535. Comment les créanciers peuvent prévenir l'inconvénient de la division des actions.
536. Action en rapport contre les légataires dans une succession bénéficiaire.
537. Elle n'a pas lieu, si la succession est acceptée purement et simplement.
538. De la séparation des patrimoines.
539. Par qui et dans quel temps elle peut être demandée
540. Elle ne s'étend point aux biens aliénés avant la demande;
541. Mais elle s'étend sur le prix non encore payé.
542. Le nantissement ou l'hypothèque n'empêche point la demande en séparation,
543. Pourvu que le privilége soit inscrit dans les six mois, à l'égard des immeubles.
544. Le défaut d'inscription n'empêche point de former, en tout temps, sa demande en séparation contre les créanciers chirographaires de l'héritier, tandis qu'ils possèdent les biens. Conciliation des art. 880 et 2111.
545. Les créanciers ou légataires à terme ou sous condition, et les créanciers de rentes constituées, peuvent demander la séparation.
546. Le droit cesse quand il y a novation dans la créance.
547. Les créanciers de l'héritier ne peuvent demander la séparation des patrimoines.
548. Les créanciers qui l'ont obtenue exercent néanmoins tous leurs droits sur les biens de l'héritier.

535. Outre les actions personnelles et hypothécaires que le créancier peut exercer contre les héritiers, la loi lui accorde différens moyens pour ne pas rester exposé à perdre, par la division légale

---

point comme héritier, mais comme légataire, qu'il a droit d'exercer un recours contre ses cohéritiers ou cosuccesseurs à titre universel. Cependant cette opinion peut souffrir des difficultés, par la réunion des deux qualités de légataire et d'héritier, réunion d'où il résulte que l'action du légataire, pour la totalité, donnerait nécessairement lieu au circuit d'actions que l'art. 875 a voulu prévenir. *V.* ce que dit l'annotateur de Lebrun, liv. 4, chap. 2, sect. 1, no 43; mais voy. ce que nous avons dit tome 7, no 163, page 240 et suiv., où nous avons répondu à l'objection tirée du circuit des actions.

des actions entre tous les héritiers et ceux qui en tiennent lieu, et par l'insolvabilité de quelques-uns d'entre eux; il peut requérir l'apposition des scellés (820), assister au partage (865, 882), et empêcher qu'il ne soit fait avant les dettes payées.

536. Le Code donne encore au créancier, sur les biens de la succession, une action qui naît du principe que celui qui s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, devenus le gage naturel de ses créanciers, (2092, 2093). Ces biens ne peuvent, après sa mort, passer à un tiers à titre gratuit, qu'à la charge de payer les dettes.

Si les successeurs à titre particulier ne sont pas soumis à l'action personnelle, c'est toujours sous la condition que les dettes seront préalablement acquittées.

Ainsi, les légataires particuliers ne pouvant rien recevoir valablement avant l'acquit des dettes dans une succession bénéficiaire, sont exposés à un recours de la part des créanciers, même non opposans, qui ne se présenteraient qu'après l'apurement du compte et le paiement du reliquat. Ces créanciers, ne trouvant plus entre les mains de l'héritier bénéficiaire aucuns deniers de la succession, peuvent exercer un recours contre les légataires particuliers, pour les contraindre à rapporter les biens compris dans le legs, ou à payer les dettes jusqu'à concurrence de leur valeur (809).

Si les légataires les avaient aliénés de bonne foi, à titre gratuit ou onéreux, ils seraient obligés d'en rapporter le prix.

Mais cette action des créanciers contre les légataires se prescrit par le laps de trois ans, à compter du jour de l'apurement du compte et du paiement du reliquat (809).

537. On peut demander si les créanciers ont le même recours à exercer contre les légataires, dans le cas où l'héritier, qui avait accepté purement et simplement, devient insolvable après la délivrance du legs, et sans avoir payé les dettes.

Il fait banqueroute sans que les créanciers puissent demander la séparation des biens de la succession, qui ne se trouvent plus exister; pourront-ils recourir contre le légataire qui a reçu de bonne foi la délivrance de son legs, et qui l'a consommé de même?

Le Code garde le silence sur ce cas, qui est fort différent du précédent.

Le légataire peut reprocher au créancier de n'avoir pas agi plus tôt, d'avoir laissé dissiper les autres biens de la succession, et d'avoir suivi la foi de l'héritier. Si tous les biens du défunt sont le gage de ses créanciers, ils n'ont pas le droit, hors le cas de l'hypothèque, de les suivre dans les mains d'un tiers qui les a reçus de bonne foi, à

moins que la loi ne le leur permette, comme dans le cas de l'article 809.

Il nous paraît donc que, dans ce cas, le créancier n'aurait pas de recours vers le légataire particulier (1), contre lequel le Code lui refuse une action personnelle (2); mais il pourrait empêcher la délivrance du legs, en s'opposant lors de l'apposition des scellés ou de l'inventaire.

538. Enfin, le créancier peut demander que le patrimoine du défunt soit séparé du patrimoine de ses héritiers, afin d'être payé sur les biens de la succession, de préférence aux créanciers de ces derniers. Cette action, que l'ancienne jurisprudence avait empruntée du droit romain (3), est fondée sur la justice naturelle, et naît du même principe que le recours dont nous venons de parler contre les légataires; l'héritier ne succède aux biens du défunt que sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession (art. 724).

Or, il est évident que ses créanciers ne peuvent avoir sur ces biens des droits plus étendus que ceux qu'il a lui-même; ils n'ont pas d'autres droits que les siens : ils sont donc, comme lui, tenus d'acquitter toutes les charges de la succession, avant d'en retirer aucun profit.

539. Ainsi, tous les créanciers du défunt, hypothécaires (*a*) ou chirographaires, et même les légataires, peuvent demander la séparation des patrimoines. Ce droit est indépendant de l'hypothèque (art. 2111). C'est la simple qualité de créancier du défunt qui le donne (4).

---

(1) C'est aussi l'opinion de M. Chabot, sur l'art. 873, n° 19, page 631, 1re édit. — (2) A moins que le défunt ne l'eût chargé de payer les dettes. — (3) *V.* le titre *de separat.*, *ff.* lib. 42, tit. 6; Cod., lib. 7, tit. 72; Domat, tome 1, liv. 3, tit. 3, section 1; Pothier, *des Successions*, pages 611 et suivantes; Lebrun, etc. — (*a*) Comp. pour les créanciers ayant une hypothèque légale, Pau, 30 juin 1830; Sir., 31, 2, 103; Dall., 31, 2, 95. — (4) Domat, *ubi suprà*, sect. 1, n° 2. — [A cet effet la demande doit être dirigée contre les créanciers de l'héritier et non contre ce dernier qui n'a ni qualité ni intérêt pour y défendre; Duranton, t. 7, n° 488; Zachariæ, t. 4, § 618; Poitiers, 8 août 1828; Sir., 31, 2, 82; Dall., 31, 2, 81; Bordeaux, 11 décembre 1834; Sir., 35, 2, 245. *Secùs* Nancy, 14 février 1833; Sir., 35, 2, 304. Elle peut être formée soit collectivement contre tous les créanciers de l'héritier, soit individuellement contre l'un ou l'autre d'entre eux; et lorsqu'il y a plusieurs héritiers, contre les différens créanciers de chacun de ces héritiers, chacun en particulier (Duranton, t. 7, nos 467 et 468; Zachariæ, *loc. cit.*). Chacun des héritiers n'est, en pareil cas, tenu que pour sa part héréditaire des dettes chirographaires du défunt, et ne peut être poursuivi que pour cette part sur les immeubles qui lui sont échus en partage. Zachariæ, t. 4, § 618, texte et note 53; Bellost-Jolimont, sur Chabot, obs. 1, sur l'article 878; Caen, 14 février 1825; Sir., 38, 2, 639. *Sepùs* Duranton, t. 7, n° 270, et t. 10, n° 224; Bourges, 20 avril 1832; Sir., 33, 2, 638; Dall., 34, 2, 45; Bordeaux, 14 juillet 1836; Sir., 37, 2, 292; Dall., 37, 2, 175; Journ. du Palais, t. 2, 1837, page 506. Au reste, la séparation des patrimoines peut être provoquée soit par voie d'action, soit par voie d'exception et incidemment à toute demande en col-

Les créanciers peuvent l'exercer non-seulement sur les immeubles, mais encore sur le mobilier (880), à moins qu'il ne soit tellement confondu avec celui de l'héritier, qu'il devienne impossible de distinguer et de faire voir ce qui appartient au défunt (Domat, section 2, n° 1). Et comme la difficulté de faire cette distinction augmente avec le temps, le Code, pour prévenir les difficultés, a voulu que le droit de demander la séparation des patrimoines se prescrivît, relativement aux meubles, par le laps de trois ans (art. 880) (*a*), comme nous avons vu que se prescrit le recours des créanciers d'une succession bénéficiaire contre les légataires (*b*).

A l'égard des immeubles, l'action peut être exercée tant qu'ils existent dans la main de l'héritier (880) (*c*).

Celui même qui n'est héritier du défunt qu'en partie, et qui était

---

location sur le prix des biens de l'hérédité; Duranton, t. 7, n° 488; Zachariæ, *loc. cit.*). Elle peut être formée pour la première fois en appel; Liége, 10 février 1807; Sir., 7, 2, 697. Cass., 17 octobre 1809; Sir., 10, 1, 34; Dall., 9, 115; Cass. 7 novembre 1815; Sir. 16, 1, 137; Dall., 12, 460; Toulouse, 3 mars 1841; J. du Palais, t. 1er, 1843, p. 572. Elle doit être portée devant le tribunal du domicile de l'héritier; Paris, 26 juin 1841; J. du Palais, t. 2, 1841, p. 370. La séparation des patrimoines a lieu de droit, lorsque la succession est vacante ou est acceptée sous bénéfice d'inventaire; Paris, 20 juillet 1811; Sir., 11, 2, 385; Dall., 12, 378; *id.* 8 avril 1826; Sir., 27. 2, 79; Dalloz, 27, 2, 68. Cass. 18 juin 1833; Sir., 33, 1. 730; Dall., 33, 1. 233; Paris, 4 mai 1835; Sir., 35. 2. 257; Dall., 35, 2, 101; Colmar, 9 janvier 1837; Sir., 37, 2, 311; Dall., 37, 2. 126; J. du Palais, t. 1er, 1837, p. 570. *Quid* si la succession est acceptée bénéficiairement par quelques-uns des héritiers? *V.* Riom, 8 août 1828; Sir., 29, 2, 39; Dall., 29, 2, 51, et les arrêts de la Cour de cassation et de Colmar qui viennent d'être indiqués. La séparation des patrimoines continue de subsister lors même que l'héritier bénéficiaire deviendrait plus tard héritier pur et simple. *V.* les arrêts de Cass., du 8 juin 1833: de Paris, du 4 mai 1835 et de Colmar déjà cités. *V.* aussi Rej., 10 février 1839; Sirey, 40, 1, 92: Dalloz, 40, 1, 62; J. du Palais, tome 1er, 1840, page 191. Comp. toutefois, Rouen, 5 décembre 1826; Sirey, 27, 2, 80; Dalloz, 27, 2, 69; Bordeaux, 24 juillet 1830; Sirey, 31, 2, 90.]

(*a*) A dater de l'ouverture de la succession. Rej., 9 avril 1810; Sirey, 11, 1, 18. Merlin, *Quest. de droit*, v° Séparation de patrimoines, § 2; Chabot sur l'art. 880, n° 3; Duranton, tome 7, n° 482; Delvincourt, tome 2, n° 4 de la page 58. Comp. toutefois Aubry et Rau sur Zachariæ, tome 4, n° 618, texte et n° 27. —(*b*) Il est bien entendu toutefois que la demande en séparation n'est plus recevable, même avant l'expiration de ce délai, lorsque le mobilier a été aliéné et que le prix en provenant a été confondu dans le patrimoine de l'héritier. Duranton, tome 7, n° 483. Chabot sur l'art. 880, n° 5, Zachariæ, tome 4, § 618. Rej., 28 avril 1840; Sirey, 40, 1, 821; Dalloz, 40, 1, 210; Journ. du Palais, tome 2, 1840, page 191. — (*c*) Toutefois je ne crois pas que l'on puisse conclure des termes de l'art. 880 qu'elle n'est pas prescriptible par trente ans. *V.* art. 2262, Comp. Merlin, *Quest. de droit*, v° Séparation des patrimoines, § 2, Duranton, tome 7, n° 486. *V.* toutefois Zachariæ, tome 4, § 618, texte et n° 28. Comp. Rej., 17 octobre 1809; Sirey, 10, 1, 34; Dalloz. 9, 115; Cass. 8 novembre 1815: Sirey, 16, 1, 137; Dalloz. 12, 460; Toulouse, 26 mai 1829; Sirey, 29, 2, 314; Dalloz, 29, 2. 237; Grenoble, 30 août 1831; Sirey, 32. 2, 645; Dalloz, 32, 2, 159. Rej. 3 mars 1835; Sirey. 35, 1, 161; Dalloz, 35, 1. 110; Toulouse, 3 mars 1841; Journ. du Palais, tome 1, 1843. page 572. Tous ces arrêts ont été rendus par application de l'ancienne jurisprudence.

son créancier, ne confondant sa créance que pour sa portion virile, peut demander pour le surplus, la séparation des patrimoines, contre les créanciers de ses cohéritiers (*a*).

540. Si l'héritier les avait aliénés de bonne foi avant que la séparation fût demandée, le créancier du défunt perdrait son droit de séparation; car l'héritier, étant propriétaire, avait le pouvoir d'aliéner (1), sans nuire aux hypothèques existantes avant l'aliénation.

541. Mais si le prix de l'immeuble vendu n'était pas payé, le prix succédant à la chose, les créanciers du défunt pourraient demander la séparation (2).

542. Si l'héritier avait seulement engagé les meubles, ou hypothéqué les immeubles de la succession, avant que la séparation en fût demandée, les créanciers du défunt n'auraient pas perdu leur droit; car la séparation peut être demandée, tant que la propriété demeure à l'héritier : ils conservent leur droit sur les biens donnés en gage ou hypothéqués, pourvu qu'ils aient fait inscrire leur privilége dans le délai de six mois, s'il s'agit des immeubles, et même sans inscription, s'il s'agit de succession ouverte avant la promulgation du Code (3).

---

(*a*) L'effet de la demande en séparation des patrimoines ne s'étend ni aux biens qui ne sont rentrés dans la masse héréditaire que par suite d'un rapport, ni à plus forte raison à ceux qui n'y ont été que fictivement compris pour le calcul de la quotité disponible. Pothier, *Successions*, ch. 5, art. 4; Chabot, sur l'art. 878, n° 11; Grenier, *des Hypothèques*, 436; Duranton, tome 7, n° 493; Zachariæ, tome 4, § 618. — (1) Domat, *ubi suprà*, sect. 1, n° 5: Lebrun, liv. 4, chap. 2, sect. 1, n° 25. C'est une conséquence nécessaire de l'art. 880, qui veut que l'action ne puisse être exercée que tant que les biens existent dans la main de l'héritier. — (2) Voët, *in Pandect.*, lib. 42, tit. 6, n° 4; Brunnemann, *in leg.* 2, *ff. de separat.*; arrêt de la Cour de cassation, du 8 sept. 1806; Sirey, an 1806, page 403. — [Cette question n'a pas été décidée par la Cour de cassation; mais par la Cour royale seulement. *V.*, au reste, dans le même sens, Cass. 17 octobre 1809; Sirey, 10, 1, 34; Dalloz, 9, 115. Rej. 26 juin 1828; Sirey, 28, 1, 427; Dalloz, 28, 1, 300. Rej. 16 juillet 1828; Sirey, 28, 1, 394; Dall., 28, 1, 330; Grenoble, 30 août 1831; Sirey, 32, 2, 645; Dalloz, 32, 2, 159. Comp. Nîmes, 27 janvier 1840; Sirey, 40, 2, 368; Dalloz, 40, 2, 126; Journ. du Palais, tome 1, 1840, page 444. Rej. 22 juin 1841; Journ. de Palais, t. 2, 1841, p. 339. *V.* encore Merlin, *Répertoire*, v° Séparation des patrimoines, § 3, n° 2. Chabot, sur l'art. 880, n°s 6 et 7; Grenier, *des Hypothèques*, tome 2, pages 431 et 432; Duranton, tome 7, n° 490; Zachariæ, tome 4, § 618. Comp. toutefois Montpellier, 26 février 1810; Sirey, 15, 2, 206; Dalloz, 10, 830. La séparation ne pourrait plus être demandée si le prix avait été payé ou avait été confondu, de toute autre manière dans le patrimoine de l'héritier. Peu importerait, du reste, que le paiement eût été fait d'une manière effective, ou qu'il eût été opéré par compensation ou délégation. Grenoble, 23 avril 1822; Sirey, 24, 2, 125; Dalloz, 12, 461. Rej. 28 avril 1840, Sirey, 40, 1, 821; Dalloz, 40, 1, 210; Journ. du Palais, tome 2, 1840, page 191. Comp. encore rej. 27 juillet 1813; Sirey, 13, 1, 438; Dalloz, 12, 465. — (3) *V.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 8 mai 1811; Sirey, 1811, page 178. — [*V.* encore rej. 3 mars 1835; Sirey, 35, 1, 161; Dalloz, 35, 1, 110; Bordeaux, 14 juillet 1836; Sirey, 37, 2, 222; Dalloz, 37, 2, 175. *V.*, en outre, Sirey-Devilleneuve, Table décennale, v° Séparation des patrimoines, n° 1.]

Telle est l'ancienne doctrine fondée sur le droit romain (1) et sur la raison.

L'art. 880 du Code civil veut aussi que l'action en séparation puisse être exercée tant que les immeubles existent dans la main de l'héritier. Ce n'est que relativement aux meubles que l'action se prescrit par le laps de trois ans.

543. Cependant l'art. 2111 dit que les créanciers et *légataires*, qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, conservent, à l'égard des héritiers ou représentans du défunt, leur privilége sur les immeubles de la succession, par les inscriptions faites sur chacun de ces biens, dans les six mois, à compter de l'ouverture de la succession;

Et qu'avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut être établie avec effet sur ces biens, par les héritiers ou représentans, au préjudice de ces créanciers ou légataires.

Il suit de cette disposition que si les créanciers et légataires du défunt ne prennent pas inscription dans les six mois, ils perdent le droit de préférence que leur eût assuré la séparation, et qu'ils sont primés par les créanciers hypothécaires de l'héritier qui ont pris inscription.

544. Mais il n'en faut pas conclure qu'il existe une antinomie entre cet article et l'art. 880, qui veut que les créanciers de la succession puissent demander la séparation pendant que les immeubles existent dans les mains de l'héritier.

Ces créanciers peuvent toujours, et en tout temps, quand ils n'auraient pas pris d'inscription, demander la séparation des patrimoines contre les créanciers chirographaires de l'héritier (2).

Ils conservent le même droit contre les créanciers hypothécaires pendant six mois, à compter du jour de l'ouverture de la succession; mais, après l'expiration de ce délai, ils peuvent être primés par les créanciers de l'héritier, qui auraient fait inscrire leurs créances en vertu d'hypothèques créées par leur débiteur, parce que ce dernier, ayant la faculté d'aliéner, a aussi celle d'hypothéquer.

Les créanciers de la succession ont en ce cas à se reprocher d'avoir négligé de faire inscrire leurs créances.

Ainsi, les dispositions des art. 880 et 2111 ne sont pas contraires. Le second contient une modification du premier (*a*).

(1) Leg. 1, § 3. *ff. de separat.*; Domat, *ubi suprà*, n° 7.—(2) Merlin, *Nouv. Rép.*, v° Séparation de patrimoines, p. 815 et 816; et Chabot, sur l'art. 880, t. 3, p. 651, n° 9.

(*a*) Ceci doit s'entendre en ce sens que l'inobservation des dispositions de l'art. 2111 peut avoir pour effet de rendre moins utiles les conséquences de l'action en séparation des patrimoines. D'ailleurs l'objet de ces deux articles est tout à fait différent: le premier règle la durée de l'action dont il s'agit;

545. Nous avons dit que tous les créanciers, même chirographaires, du défunt, peuvent demander la séparation des patrimoines: ce droit est même accordé aux créanciers ou légataires, dont le droit est sursis par un terme non encore échu, ou suspendu par une condition qui n'est pas encore arrivée (1), et par conséquent aux créanciers de rentes constituées, quoique le capital ne soit pas exigible.

546. Le droit de séparation ne peut plus être exercé, lorsqu'il y a novation dans la créance de la part du créancier du défunt, par l'acceptation de l'héritier pour débiteur (879) (2).

547. Les créanciers de l'héritier ne sont point admis à demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de la succession (art. 881), par la raison décisive qu'ils ne peuvent pas empêcher que leur débiteur ne contracte de nouvelles dettes, et ne s'oblige par l'adition d'hérédité aux créanciers du défunt (3).

Le Code, en ce point, a préféré avec raison l'autorité du droit romain (4) à l'opinion de plusieurs de nos plus célèbres jurisconsultes français, à celle de quelques arrêts qui avaient jugé que les créanciers de l'héritier pouvaient, comme ceux du défunt, demander la séparation des patrimoines.

---

le second organise le droit de préférence; ou en d'autres termes, indique à quelle condition cette action peut, en ce qui concerne les immeubles, avoir toute son efficacité. Un auteur, M. Merlin, a conclu de ces expressions de l'article 2111 : *les créanciers qui demandent la séparation du patrimoine du défunt*, que cet article avait modifié les art. 878 à 880, en ce que les créanciers du défunt et les légataires doivent, pour conserver d'une manière absolue leur droit de préférence, non-seulement prendre inscription dans le délai de six mois, mais encore former dans le même délai leur demande en séparation de patrimoines. Mais cette opinion a été rejetée par la plupart des auteurs et par la jurisprudence. *V.* Duranton, tome 7, n° 488; Troplong, *des Hypothèques*, tome 1, n° 325; Tarrible, *Répert.*, v° Privilége de créance, sect. 4, § 6, n° 2; Zachariæ, tome 4, § 618, texte et note 34; Poitiers, 8 août 1828; Sirey, 31, 2, 82; Dalloz, 31, 2, 81; Nîmes, 19 février 1829; Sirey, 29, 2, 214; Dalloz, 29, 2, 154; Colmar, 3 mars 1834; Sirey, 34, 2, 677; Dalloz, 35, 2, 9

(1) Leg. 4, *ff. de separat.*, 42, 6, Domat, *ubi suprà*, n° 4; Pothier, *des Successions*, page 613. — [Comp. Lyon, 24 juillet 1835; Sirey, 36, 2, 464, Dalloz, 36, 2, 175. — 2) La difficulté est de savoir quand il y a novation Nous examinerons, tit. 3, chap. 5, sect. 2, comment s'opère la novation, et si les principes contenus dans cette section ne s'appliquent pas au cas de la séparation des patrimoines. *V* tome 7. n° 283. — (3) L'article 780 du Code autorise les créanciers de l'héritier à accepter de son chef une succession à laquelle il veut renoncer à leur préjudice; mais il ne les autorise pas à l'empêcher d'accepter une succession dans laquelle il y a des dettes. *Vid.* leg. 6, *ff. de his qui in fraud. credit.*, lib. 42, tit. 8. — [*V.* toutefois ce que dit Pothier, *Traité des successions*, ch. 5, art. 4. Comp. Delvincourt, tome 2, note 7 de la page 58; Zachariæ, t. 4, § 618 et le renvoi, Chabot sur l'art. 881. n° 2; Grenier, *des Hypothèques*, tome 2, page 425; Duranton, tome 7, n° 503. — (4) Ulpien, loi 4, § 2, *ff. de separat.*, 42. 6. *V.* Lebrun, lib. 4. chap. 2, sect. 1, n°s 13 et suiv., Pothier, *des Successions*, page 617. Ces deux auteurs combattent ceux qui voulaient admettre la séparation des patrimoines en faveur des créanciers de l'héritier. Au contraire, Domat, liv. 3, tit. 2, était d'avis de l'admettre.

548. Les créanciers du défunt qui ont obtenu la séparation des patrimoines, et qui n'ont pas été payés entièrement sur les biens de la succession, n'en sont pas moins autorisés à exercer leurs droits sur les biens des héritiers (1).

## § II.

### De la contribution qui se fait entre les personnes obligées aux dettes d'une succession.

SOMMAIRE.

549. Différence entre l'obligation et la contribution aux dettes.
550. Les héritiers ou le défunt peuvent régler la contribution autrement que ne l'est l'obligation.
551. S'ils ne l'ont pas réglée, elle suit le prorata de l'émolument.
552. Le légataire universel, en concours avec un héritier légitimaire, doit seul acquitter les legs qui peuvent absorber son émolument.
553. Comment contribue l'usufruitier à titre universel.
554. Cas où l'obligation des héritiers est plus forte que leur contribution.
555. Celui qui a payé au-delà de sa contribution n'a de recours contre les autres que pour la part de chacun d'eux.
556. L'héritier bénéficiaire, créancier de la succession, ne peut agir personnellement contre les héritiers purs et simples que pour leur portion virile.
557. *Secùs*, s'il est créancier hypothécaire.
558. Si l'héritier pur et simple, créancier hypothécaire de la succession, peut agir solidairement contre l'un de ses cohéritiers.
559. Les héritiers peuvent exiger que les meubles soient vendus pour payer les dettes.
560. Et que la rente à laquelle un héritage est hypothéqué soit remboursée, ou qu'un seul héritier reste, sous sa garantie, seul débiteur de la rente.

549. Après avoir expliqué quelles sont les personnes contre qui les créanciers de la succession peuvent diriger leurs actions, il nous reste à voir comment chacune de ces personnes contribue aux dettes.

(1) Pothier, *des Successions*, chap. 5, art. 4, page 615; Lebrun, liv. 4, chap. 2, sect. 1, no 26. Mais ces deux auteurs pensent que les créanciers du défunt ne peuvent alors exercer leurs droits sur les biens de l'héritier, qu'après que les créanciers de ce dernier sont satisfaits. Cette restriction, assez équitable, peut souffrir de la difficulté sous l'empire du Code, car on ne voit rien qui autorise en ce cas les créanciers de l'héritier à être payés de préférence sur les biens de leur débiteur, lorsque les créanciers du défunt ont demandé la séparation des patrimoines. *V.* Chabot, sur l'art. 878, *in fine*. Le droit romain n'a plus force de loi. — [Comp. Merlin, *Répertoire*, v° Séparation des patrimoines, § 5, n° 6; Grenier, *des Hypothèques*, tome 2, 437; Zachariæ, tome 4, § 618; Delvincourt, tome 2, note 9 de la page 58. Cet auteur ajoute que le recours sur les biens de l'héritier ne peut avoir lieu qu'après que tous les biens de la succession sont épuisés. Autrement, en effet, ce recours emporterait effectivement renonciation au bénéfice de la séparation, et par suite les biens de la succession qui existeraient encore dans la main de l'héritier se confondraient avec son patrimoine, et deviendraient, comme ses autres biens, le gage de ses propres créanciers. *V.* également sur ce point Zachariæ, *loc. cit.* Comp. Duranton, tome 7, no 502. *V.* au surplus le *Traité de la séparation des patrimoines*, par *M. Blondeau*.]

Il ne faut pas confondre l'obligation aux dettes avec la contribution, deux choses tout à fait différentes.

L'obligation aux dettes, par portions viriles, n'est pas seulement établie en faveur des héritiers, elle l'est encore dans l'intérêt des créanciers; elle est invariablement réglée par la loi, et ne peut, à l'égard des créanciers, être changée ni par les conventions particulières que les héritiers peuvent faire entre eux, ni même par la volonté du défunt.

La contribution aux dettes, au contraire, ne concerne que les héritiers et ceux qui en tiennent lieu; elle peut dépendre de leur volonté ou de celle du défunt.

Le Code a seulement établi quelques principes pour régler cette contribution, à défaut des dispositions de l'homme.

550. Mais les dispositions de la loi, sur la contribution aux dettes, ne font point obstacle à ce que, par le partage, les uns ou les autres des copartageans soient chargés de payer une quotité de dettes plus ou moins forte, ou même de les acquitter entièrement.

Le défunt peut aussi, par un acte de dernière volonté, charger l'un de ses héritiers ou légataires de payer tout ou partie de ses dettes, sans que les autres y contribuent, d'acquitter un legs particulier ou une autre charge, Leg. 20, § 5, *ff. fam. ercisc.*, 10, 2;

Pourvu néanmoins, si cette disposition concerne un héritier légitimaire, qu'elle ne le réduise pas à une quotité de biens inférieure à celle que la loi lui réserve; car, en ce cas, il pourrait forcer ses cohéritiers de payer le surplus des dettes, et, si c'était un legs qu'il fût chargé de payer seul, il pourrait en demander la réduction.

Supposons que Titius ait trois enfans, Primus, Secundus et Tertius. Il charge Tertius de payer seul et sur sa portion, sans que ses frères y contribuent, une dette ou un legs de 3,000 fr. Il laisse une fortune de 36,000 fr. : c'est 12,000 fr. pour chacun des enfans; et comme il pouvait donner le quart de son bien, soit à l'un de ses enfans, soit à un étranger, et réduire ainsi les autres enfans à leur réserve, Tertius n'a point à se plaindre, puisque la sienne reste intacte; mais le créancier n'en a pas moins une action personnelle pour un tiers de sa créance, contre Primus et Secundus, sauf leur recours vers Tertius, en vertu du testament de leur père.

L'obligation aux dettes est donc absolument indépendante de la contribution, ainsi que nous l'avons avancé.

551. Hors les cas où la volonté de l'homme en dispose autrement, le Code a confirmé le principe d'équité adopté dans l'ancienne jurisprudence par un grand nombre de coutumes, en ordonnant que les héritiers et les légataires à titre universel, contribuent *entre eux*

au paiement des dettes et charges de la succession, chacun dans la proportion de ce qu'il y prend, ou au prorata de son émolument (870, 871).

. Les légataires universels et à titre universel, contribuent entre eux de la même manière.

552. Mais si un légataire universel se trouve en concours avec un héritier auquel la loi réserve une quotité de biens, il est tenu de contribuer aux dettes et charges de la succession pour sa part et portion, et, en outre, d'acquitter seul tous les legs particuliers (1009), en sorte que sa contribution peut être fort supérieure au prorata de son émolument.

Aussi l'on peut remarquer que les art. 870 et 871 n'ont point mis le légataire universel au nombre de ceux qui ne contribuent aux dettes qu'au prorata de leur émolument (*a*).

Mais le légataire à titre universel ne contribue qu'à raison de son émolument, tant aux dettes qu'aux legs et autres charges de la succession (1013).

553. Il est un cas où le prorata de l'émolument paraît difficile à déterminer : c'est le cas d'un usufruitier à titre universel.

L'ancienne jurisprudence était fort incertaine sur la manière dont il devait contribuer aux dettes.

L'art. 612 du Code civil a tranché toutes les difficultés d'une manière fort simple, que nous avons expliquée au titre de l'usufruit, tome 3, n° 432.

554. L'obligation des héritiers envers les créanciers de la succession peut être plus forte que leur contribution; nous en avons déjà vu un exemple dans le cas où le défunt aurait, par son testament, chargé ses héritiers de contribuer inégalement au paiement de ses dettes.

Cette disposition de l'homme, étrangère à ses créanciers, ne pourrait leur préjudicier; ils n'en auraient pas moins leur action personnelle contre chaque héritier, pour sa portion virile, sauf le recours de celui-ci contre ses cohéritiers.

L'obligation des héritiers est encore plus forte que leur contribution aux dettes, dans le cas où ils sont en concours avec un ascendant donateur.

Supposons qu'un aïeul ait donné à son petit-fils une terre valant

(*a*) Lorsqu'il n'y a qu'un seul légataire universel, on n'a point à s'occuper de sa contribution pour le paiement des legs; mais il en est autrement lorsqu'ils sont plusieurs. Relativement aux dettes, il n'est pas exact de dire que le légataire universel, qui se trouve en concours avec des héritiers à réserve, n'y contribue pas *au prorata* de son émolument. Dans cette hypothèse sa position est absolument la même que celle d'un légataire à titre universel.

24,000 fr.; le donateur meurt, laissant pour héritiers deux frères germains et l'aïeul donateur, qui est exclu par les frères, mais qui recueille les biens contenus dans son don : le défunt, y compris les biens donnés, ne laisse que 36,000 fr.; l'aïeul contribue aux dettes pour les deux tiers, et les deux frères chacun pour un sixième.

Cependant chacun d'eux est personnellement obligé envers les créanciers pour une moitié, qui est leur part virile, parce que l'ascendant, qui ne succède point à titre universel, mais à titre particulier, n'a point de part virile, quoiqu'il contribue aux dettes au prorata de son émolument (*a*).

555. Dans ce cas, comme aussi dans le cas où il est soumis à l'action hypothécaire, l'un des héritiers ou successeurs, à titre universel, est exposé à payer une portion de dettes supérieure à sa contribution : il est donc évident qu'il doit avoir un recours contre les autres cohéritiers ou successeurs.

Nous verrons, au titre des hypothèques, s'il a pour ce recours un privilége sur les immeubles de la succession, en vertu de l'art. 2103. Mais quand même il se serait fait subroger aux droits du créancier hypothécaire qu'il a payé, il ne peut exercer ce recours que pour la part que chacun d'eux doit personnellement supporter (875, 1213 et 1214); et en cas d'insolvabilité d'un des cohéritiers ou successeurs à titre universel, contre lesquels celui qui a trop payé veut exercer son recours, la part de l'insolvable est répartie sur tous les autres au marc le franc (876).

556. L'art. 875 réserve, dans les cas précédens, les droits du cohéritier, qui, par l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait conservé la faculté de réclamer le paiement de sa créance personnelle, comme tout autre créancier (art. 802).

Cette réserve, fondée sur ce que l'héritier bénéficiaire ne confond pas ses biens avec ceux du défunt, s'applique au cas où l'un des héritiers, créanciers du défunt, a pris sous bénéfice d'inventaire la succession que les autres ont acceptée purement et simplement : il peut, comme tout autre créancier, exercer contre chacun d'eux l'action personnelle, mais seulement pour leur part virile.

---

(*a*) L'ascendant donateur n'est point, à proprement parler, un successeur *in re singulari* puisqu'il contribue aux dettes, au prorata de son émolument. Toutefois, je crois qu'il faut s'en tenir à la solution donnée par l'auteur. Cette solution se justifie, en effet, par cette considération que l'ascendant ne prenant pas une quote part de la succession, les créanciers ne pourraient savoir quelle part ils devraient lui demander. Mais, on doit ajouter avec M. Delvincourt, que si cette part était fixée par un acte précédent, les créanciers pourraient, s'ils le jugeaient convenable, s'adresser directement à lui pour la lui faire payer. Cette mesure préviendrait un circuit d'actions qu'il est toujours bon d'éviter. *V.* Delvincourt, tome 2, note 4, page 16; Duranton, tome 7, n° 211.

Par exemple, s'il y a trois héritiers purs et simples, l'héritier bénéficiaire ne peut exercer son action personnelle contre chacun d'eux que pour un quart, car ils ne sont réellement héritiers que pour un quart.

557. Mais, s'il est créancier hypothécaire, il peut diriger son action solidaire, pour le tout, vers celui des héritiers purs et simples qu'il trouve détenteur d'un immeuble soumis à son hypothèque.

Les héritiers purs et simples auraient un recours sur les biens compris dans la lotie de l'héritier bénéficiaire; et, s'ils étaient insuffisans, le déficit se répartirait entre eux au marc le franc.

558. De la disposition de l'art. 875, qui réserve les droits de l'héritier bénéficiaire, on a prétendu inférer, contre l'avis de l'annotateur de Lebrun (1), que l'héritier pur et simple, créancier du défunt, peut, déduction faite de sa portion virile, agir par l'action hypothécaire contre le cohéritier détenteur de l'immeuble affecté à son hypothèque, par exemple, pour les trois quarts, s'ils sont quatre héritiers.

On se fonde sur ce que les dettes se divisent de plein droit par portions viriles. L'héritier pur et simple ne confond sa créance que pour sa portion; d'où l'on conclut que cet héritier reste, pour les trois autres quarts, dans le cas d'un créancier ordinaire, comme l'héritier bénéficiaire y reste pour la totalité; parce qu'il ne confond aucune partie de ses droits.

Mais si l'art. 875 veut que l'héritier qui a payé au-delà de sa part, n'ait de recours contre ses cohéritiers que pour leur portion virile, cette disposition n'est point fondée sur la confusion des biens des héritiers purs et simples avec ceux du défunt, mais sur ce qu'il convient d'éviter entre cohéritiers les contestations que fait naître un circuit d'actions qui peut même revenir sur celui qui a formé la première.

Or, ce circuit d'actions se rencontre également, soit que le cohéritier réclame une créance personnelle, soit qu'il réclame ce qu'il a payé de trop au-delà de sa portion virile.

Dans l'un comme dans l'autre cas, le circuit peut revenir sur le cohéritier qui voudrait former l'action hypothécaire pour le tout, sa part confuse en lui, lorsque l'un des autres se trouve insolvable.

Ajoutez à cela que l'art. 875 n'a fait d'exception qu'en faveur de l'héritier bénéficiaire, et qu'on ne doit pas suppléer une exception qui ne se trouve pas dans la loi.

Nous pensons donc qu'il faut préférer l'opinion de l'annotateur de Lebrun, suivie dans l'ancienne jurisprudence, et qui nous paraît conforme à la lettre et à l'esprit du Code (2).

(1) Liv. 4, chap. 2, sect. 1, n° 43. — (2) Mais *voy.* ce que nous avons dit, 23.

559. Le Code donne aux cohéritiers ou cosuccesseurs, à titre universel, différens moyens de prévenir les recours désagréables dont nous venons de parler.

Nous avons vu, au titre des partages, que si chacun des cohéritiers peut demander sa part en nature des meubles et des immeubles de la succession, la majorité peut exiger que les meubles soient vendus pour acquitter les dettes, et qu'un seul des héritiers peut même l'exiger s'il y a des créanciers opposans : c'est une précaution que la prudence ne permet pas de négliger.

560. D'un autre côté, lorsque les immeubles d'une succession sont grevés de rentes par hypothèque spéciale, l'art. 872 autorise chacun des cohéritiers à exiger que les rentes soient remboursées et les immeubles rendus libres avant qu'il soit procédé à la formation des lots (*a*).

---

tome 7, n° 163, où nous avons répondu à l'objection résultant du circuit des actions. Nous pensons donc aujourd'hui qu'il faut préférer l'opinion de Lebrun, adoptée par M. Chabot, tome 3. page 612, n° 5.

(*a*) Je pense que cette disposition doit également recevoir son application, que l'hypothèque soit spéciale ou générale, qu'elle frappe plusieurs immeubles héréditaires, qu'elle soit restreinte à un seul, ou qu'elle s'étende à tous. Voici, en effet, quel est le but de cette disposition : « La première partie de cet article, dit M. Chabot, a pour objet de prévenir une foule d'actions qui pourraient avoir lieu après le partage, soit contre les héritiers, soit même entre eux, si les rentes qui étaient hypothéquées spécialement sur des immeubles de la succession n'étaient pas remboursées avant le partage. Lorsque les arrérages de ces rentes ne seraient pas exactement payés aux échéances, les créanciers pourraient exercer l'action personnelle contre chacun des héritiers, ils pourraient encore exercer particulièrement l'action hypothécaire contre les détenteurs des immeubles hypothéqués. Si les détenteurs avaient été chargés, par le partage du service entier des rentes, les autres héritiers, actionnés personnellement, auraient à exercer contre eux des actions en recours. S'ils n'avaient été chargés que de leur portion virile, comme ils pourraient être néanmoins contraints, en vertu de l'hypothèque, à payer le tout, ils auraient une action récursoire contre leurs cohéritiers. Et dans le cas d'insolvabilité d'un ou de plusieurs héritiers, il y aurait encore à recourir contre ceux qui seraient solvables. Il en résulterait donc une série annuelle et perpétuelle d'actions récursoires qui pourraient souvent donner lieu à des contestations et qui occasionneraient toujours beaucoup de frais. » *Traité des Successions*, art. 872, n° 1. Il est clair que ces motifs militent avec une égale force dans tous les cas qui ont été indiqués, et, par conséquent, comme je l'ai dit, on doit leur appliquer la disposition dont il s'agit. *V.* Zachariæ, tome 4, § 636; Belost-Jolimont, sur Chabot, Obs. 1, sur l'art. 872, Caen, 20 avril 1812; Sir., 12, 2, 330, Nîmes, 16 avril 1830; Sirey, 30, 2, 312. Mais pourquoi l'art. 872 ne s'applique-t-il que relativement aux hypothèques spéciales? Le voici : la rédaction primitive de cet article était ainsi conçue : « Lorsqu'un immeuble de la succession est grevé d'une rente par hypothèque spéciale, il doit être estimé au même taux que les autres immeubles; il est fait déduction du capital de la rente sur le prix total. L'héritier, dans le lot duquel tombe cet immeuble, demeure seul chargé du service de la rente, et il doit en garantir ses cohéritiers. » Lors de la discussion, M. Tronchet fit observer que cette disposition laissait les autres cohéritiers indéfiniment exposés à l'action personnelle du crédi-rentier, que la rente pouvait se trouver hypothéquée sur plusieurs

Cette disposition s'applique, par identité de raison, au cas où l'immeuble est grevé de l'hypothèque d'une dette exigible à terme au lieu d'une rente (*a*).

Si le remboursement n'était pas possible, par exemple si le créancier avait stipulé que la rente ne pourrait être remboursée avant trente ans (530), ou enfin si les cohéritiers conviennent, avant de payer préalablement les dettes, de partager la succession dans l'état où elle se trouve, l'immeuble grevé doit être estimé au même taux que les autres immeubles; il est fait déduction du capital de la rente sur le prix total; l'héritier dans le lot duquel tombe cet immeuble demeure seul chargé du service de la rente, et il doit en garantir ses cohéritiers (872).

## SECTION IV.

*De l'effet du partage et de la garantie des lots.*

SOMMAIRE.

561. Le partage n'est point un titre d'acquisition, son effet remonte à l'ouverture de la succession.
562. Les hypothèques créées par chacun des héritiers, avant le partage, s'éteignent ou se restreignent aux biens qui lui sont échus.
563. Les licitations nécessaires ont la force de partage Quand les licitations volontaires peuvent être attaquées.
564. La garantie des lots est un effet du partage.
565. Quand elle cesse.
566. Comment les cohéritiers contribuent à l'indemnité qui résulte de la garantie.
567. Privilége pour cette indemnité; comment il faut l'inscrire.
568. Quand la prescription contre l'action en garantie commence à courir.

561. Le Code a conservé les principes de notre ancienne jurisprudence française sur les effets du partage (1).

immeubles répartis dans des lots différens. Pour remédier à cet inconvénient, on convint d'ajouter à l'article un amendement qui en forme aujourd'hui la première partie. Comme on le voit, l'observation de M. Tronchet s'appliquait à tous les cas où les cohéritiers peuvent avoir intérêt à ce que la rente soit remboursée, quelles que soient la nature et l'étendue de l'hypothèque. C'est donc par pure inadvertance qu'on a placé les mots : *par hypothèque spéciale* dans la première partie de l'article, où ils n'offrent aucun sens, tandis qu'on aurait dû les laisser dans la seconde où ils se comprendraient parfaitement. Aubry et Rau, sur Zachariæ, tome 4, § 636, note 20.

(*a*) L'auteur suppose que, dans l'espèce, le terme a été stipulé en faveur du débiteur. Toutefois cette décision n'est pas sans difficulté. L'article ne parle que des rentes. Il n'y a pas d'ailleurs identité de motifs pour en étendre l'application. « Dans le cas où il s'agit de rentes, dit très bien M. Chabot, il pourrait y avoir chaque année et même à perpétuité, si les capitaux n'étaient pas remboursés, des actions, soit personnelles, soit récursoires à exercer, au lieu qu'à l'égard de dettes exigibles à terme, ce ne serait qu'une seule fois que ces actions pourraient avoir lieu. Dans ce dernier cas l'inconvénient était moins grave, il n'a pas été également nécessaire de prescrire des mesures pour le prévenir. » *V.* Chabot, sur l'art. 872, n° 6; Duranton, tome 7, n° 440; Zachariæ, tome 4, § 636. — (1) *V.* Lebrun, *des Successions*, titre des partages, n°s 21, 35 et 39; Pothier, *des Successions*, chap. 4, art. 5.

Cet acte ne détermine que le droit de chacun des cohéritiers, et le restreint aux seuls biens qui lui sont assignés, de manière que chaque cohéritier, à quelque époque que se fasse le partage, est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les biens compris dans sa lotie, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres biens de la succession (art. 883) (1).

Ainsi le partage a un effet rétroactif qui remonte à l'ouverture de la succession, en vertu de la règle *le mort saisit le vif*. Le partage, même par licitation, n'est donc pas un titre d'acquisition par lequel chaque héritier acquiert de ses cohéritiers les portions indivises qu'ils avaient avant le partage, dans chacun des biens qui lui sont assignés pour sa lotie. Chaque héritier n'acquiert rien de ses cohéritiers par le partage; il tient tout du défunt immédiatement.

562. Il en résulte que les hypothèques créées par chacun des cohéritiers se restreignent aux seules choses qui échoient dans le lot de leur débiteur et qui sont susceptibles d'hypothèques, et que ces hypothèques s'éteignent entièrement lorsqu'il n'est échu au lot de leur débiteur que des meubles non susceptibles d'hypothèques, ou lorsque, par l'effet de la licitation, il se trouve ne rien avoir dans les immeubles; car chacun des cohéritiers n'a pu hypothéquer à ses créanciers que le droit qu'il avait dans la succession, et tel qu'il l'avait. Or, avant ce partage, chaque héritier n'avait qu'un droit indéterminé, qui devait se restreindre aux seuls biens qui lui écherraient : les hypothèques de ses créanciers doivent donc pareillement s'y restreindre, et même s'éva-

(1) La licitation est un mode de partage. *V.* Lebrun, *ubi suprà*, nos 32 et 35; Guyot, *Traité des fiefs*, t. 1, où se trouve un *Traité sur les licitations*.—[*V. Études historiques*, sur l'art. 883 du Code civil, par Championnière; *Revue de législation*, t. 7, p. 405, et t. 8, p. 161.] Dumoulin, sur l'art. 33 de la *Coutume de Paris*, glos. 1, no 70, page 407, tome 1, dit, en parlant de la licitation; *Divisio vel assignatio postea inter eos secuta, non videtur esse nova mutatio, nec translatio in aliam manum, sed consolidatio in unum ex eis, quæ inter eos quibus res est communis permittitur.* Cet auteur a fixé les principes: mais si la licitation était faite sans nécessité, comme si un des héritiers achetait la part indivise de l'autre, ce serait une vente qui ne purgerait pas les hypothèques. *V.* Duparc-Poullain, *Principes du droit*, t. 4, p. 194 et 195. Mais si la licitation faite sans nécessité était au profit de tous les autres héritiers, elle pourrait avoir le caractère d'un partage, et, faute d'avoir fait connaître ses droits et formé son opposition à ce que le partage fût fait au préjudice de ses droits, le créancier ne serait pas recevable à critiquer la licitation.—[*V.* ci-après le no 563. Mais est-il nécessaire pour que la licitation soit considérée comme équipollente à partage, qu'elle ait lieu entre tous les cohéritiers, et qu'elle fasse cesser l'indivision d'une manière absolue? Conserve-t-elle son caractère lorsqu'elle est faite seulement entre quelques-uns des cohéritiers, laissant subsister l'indivision à l'égard des autres? *V.* mon *Traité de la vente*, tome 2, no 147. La fiction du partage déclaratif ne peut être invoquée par le cohéritier qui s'est rendu adjudicataire sur licitation, que lorsque l'adjudication est devenue définitive par l'expiration des délais de surenchère. Paris, 12 février 1841; Journal du Palais, tome I, 1841, page 319.]

nouir, si ces biens ne sont pas susceptibles d'hypothèque (*a*).

563. Mais il faut remarquer que, dans les principes du Code, les licitations n'ont la force de partages que lorsqu'il y a nécessité de les faire, parce que les biens ne peuvent être commodément partagés (827). Cependant la licitation volontaire, faite sans nécessité, ne pourrait être attaquée par le créancier de l'un des héritiers, si elle était faite avant qu'il eût formé son opposition et fait connaître ses droits, conformément à l'art. 882, parce que la licitation a le caractère d'un partage. Ainsi l'a décidé la Cour de cassation, dans un arrêt du 25 janvier 1809 (*b*).

Mais si la licitation était faite en fraude des droits du créancier, par exemple; si l'un des héritiers avait, depuis l'ouverture de la succession, hypothéqué sa part indivise dans les héritages de la succession, et que le créancier eût fait inscrire son hypothèque, la licitation volontaire, faite depuis son inscription, pourrait être attaquée, quoiqu'il n'eût pas formé d'opposition au partage. Il y aurait fraude de la part de l'héritier débiteur, et complicité de la part de ses co-

---

(*a*) L'hypothèque établie sur la part indivise de l'un des cohéritiers dans quelques-uns des immeubles héréditaires, ne s'étend pas à la totalité de ces immeubles, lors même que, par l'effet du partage, le constituant en serait devenu propriétaire exclusif. Cass. 6 décembre 1826; Sirey, 27, 1, 171; Dalloz, 27, 1, 82. La purge, opérée par l'acquéreur d'une part indivise dans un immeuble, est soumise, quant à ses effets, au résultat du partage ultérieur. Cass. 13 février 1838; Sirey, 38, 1, 230; Dalloz, 38, 1, 106; Journal du Palais, tome 1, 1838, page 425. Les partages et les licitations ne sont pas soumis à l'action résolutoire pour défaut de paiement de la soulte ou du prix. Metz, 23 décembre 1820, Sirey, 21, 2, 338. Rej. 29 décembre 1829; Sirey, 30, 1, 107; Dalloz, 30, 1, 35. Rej. 9 mai 1832; Sirey, 32, 1, 367; Dalloz, 32, 1, 178. Cass. 14 mai 1833; Sirey, 33, 1, 381; Dalloz, 33, 1, 211, Nancy, 27 juillet 1838; Sirey, 38, 2, 370; Dalloz, 38, 2, 185, Journ. du Palais, tome 2, 1838, page 409, alors même que la résolution aurait expressément stipulée. Rouen, 10 juin 1841; Sirey, 41, 2, 471, Journ. du Palais, tome 2, 1841, page 5. *V.* mon *Traité de la vente*, tome 2, nos 144 et suiv. — (*b*) Zachariæ, t. 4, § 626; Duranton, tome 7, no 509; Chabot, sur l'art. 882, no 3, Agen, 22 mai 1817, et Colmar, 34 mai 1820 (Journ. du Palais à leur date), Bordeaux, 3 mai 1833; Sirey, 33, 2, 509; Dalloz, 33, 2, 188, *idem*, 29 novembre 1836; Sirey, 39, 2, 278, Dalloz, 39, 2, 201, Riom, 23 juillet 1838; Sirey, 39, 2, 278; Dalloz, 39, 2, 24, Journ. du Palais, tome 1, 1839, page 592. Comp. toutefois Toulouse, 8 décembre 1830; Sirey, 31, 2, 161; Dalloz, 31, 2, 61, Bordeaux, 11 juillet 1834; Sirey, 34, 2, 477; *id.*, 25 novembre 1834; Sirey, 35, 2, 139; Dalloz, 35, 2, 18, Montpellier, 11 juin 1839; Sirey, 39, 2. 473; Dalloz, 39, 2, 233, Journ. du Palais, tome 2, 1839, page 329, Paris, 10 juillet 1839; Sirey, 39, 2, 328; Dalloz, 39, 2, 222, Journ. du Palais, tome 2, 1839, page 20. Comp. Amiens, 14 novembre 1840, Journ. du Palais, tome 2, 1842, page 205. Toutefois si les créanciers ne peuvent plus attaquer le partage de leur chef, il va sans dire qu'ils peuvent l'attaquer du chef de leur débiteur, mais seulement pour une des causes indiquées à la section suivante. Delvincourt, tome 2, note 3 de la page 54; Duranton, tome 7, no 510; Zachariæ, tome 4, § 626, *in fine*. Orléans, 28 juillet 1843, Journ. du Palais, tome 1, 1844, page 659.

héritiers, qui devaient connaître les droits du créancier par l'inscription (*a*).

564. Un autre effet du partage est que les héritiers demeurent, respectivement et de plein droit, garans les uns envers les autres des troubles et évictions qui procèdent d'une cause antérieure au partage (art. 884), de quelque manière qu'il ait été fait, à l'amiable ou en justice, par acte sous seings privés ou par acte authentique, ou même lorsque les pères, mères ou autres ascendans, ont fait le partage de leurs biens, en vertu des art. 1075 et suivans.

L'indemnité due au cohéritier évincé doit être réglée sur le taux de la valeur de l'héritage au moment de l'éviction, et non sur sa valeur au moment du partage. C'est ce qui résulte du texte de l'article 885, qui veut que l'héritier soit indemnisé *de la perte que lui a causée l'éviction* (1).

565. Mais cette garantie cesse, si l'espèce d'éviction soufferte a été exceptée par une clause particulière et expresse de l'acte de partage (*b*), ou si c'est par sa faute que le cohéritier souffre l'éviction (art. 884). On ne pourrait pas stipuler dans un partage, par une clause générale, qu'il n'y aura lieu à aucune garantie entre les cohéritiers, pour quelque espèce de trouble ou d'éviction que ce puisse être (*c*).

566. Suivant l'art. 885, chacun des cohéritiers est personnellement obligé, en proportion de sa part héréditaire, d'indemniser son cohéritier de la perte que lui a causée l'éviction;

Et si l'un des héritiers se trouve insolvable, la portion dont il est tenu doit être également répartie entre le garanti et tous les cohéritiers solvables (885).

567. L'art. 2103 donne à tous les cohéritiers, sur les immeubles de la succession, un privilége pour sûreté de cette action personnelle en garantie, ainsi que pour les soultes et retours de lot; et l'art. 2109

---

(*a*) Cette décision n'est pas sans difficulté. L'inscription peut être ignorée des autres cohéritiers, et d'ailleurs je doute qu'on puisse dire qu'elle manifeste d'une manière suffisante l'intention où est le créancier d'intervenir au partage. — (1) Chabot, tome 3, page 686. — [*V.* aussi Duranton, tome 7, n° 546; Belost-Jolimont, sur Chabot, Obs. 1, sur l'art. 884; Zachariæ, tome 4. § 625. Comp. toutefois Delvincourt, tome 2, note 2 de la page 51; Maleville, sur l'art. 884.] — *b*. Sauf en pareil cas, l'action en rescision pour cause de lésion, si la perte résultant de l'éviction, est de plus d'un quart. Zachariæ, tome 4, § 625; Delvincourt, t. 2, note 4 de la p. 51; Chabot, sur l'art. 884, n° 5; Duranton, t. 7, n° 537. — (*c*) Ainsi encore, on ne pourrait repousser l'action en garantie de l'héritier, par le motif qu'il résulte du partage qu'il connaissait la cause de l'éviction, et même que l'héritage lui a été donné pour une moindre valeur, en raison de l'éviction qui était à craindre. La loi exige qu'il y ait une clause expresse qui le charge de l'éviction soufferte. Delvincourt, tome 2, note 4 de la page 51; Duranton, tome 7, n° 535, Chabot, sur l'art. 884, n° 7; Zachariæ, *loc. cit.*

leur accorde soixante jours, à dater de l'acte du partage, pour faire inscrire leur privilége au bureau de la conservation des hypothèques, durant lequel temps aucune hypothèque ne peut avoir lieu à leur préjudice.

Comme chacun des cohéritiers n'est obligé à cette garantie qu'en proportion de sa part héréditaire, et que la plus grande perte que chacun puisse faire est celle de sa lotie en entier, il faut la supposer entièrement perdue, puis diviser fictivement les autres loties entre tous les héritiers, et subdiviser encore le produit primitif d'une de ces loties réduites.

Par exemple, si la valeur des biens à partager est de 20,000 fr., et qu'il y ait quatre héritiers, c'est 5,000 fr. pour chacun. Supposons un héritier évincé de la totalité de sa lotie. Il reste 15,000 fr. à partager, ce qui donne 3,750 fr. pour chacun des quatre. Il faut subdiviser cette somme entre les trois héritiers qui n'ont rien perdu, ce qui donnera 1,250 fr. pour chacun. C'est pour cette dernière somme que chacun d'eux peut prendre une inscription sur les loties des trois autres.

568. L'action en garantie, en général, ne se prescrit que par trente ans (art. 2262), et ce délai ne court point jusqu'à ce que l'éviction ait lieu (2257).

Mais le Code fait une juste exception au principe général à l'égard des rentes. Suivant l'ancienne jurisprudence attestée par Lebrun (1), les descendans ou autres héritiers d'un copartageant pouvaient être recherchés, même après cent ans, pour l'insolvabilité du débiteur d'une rente donnée en partage à son cohéritier.

L'art. 886 corrige cette injustice, en ordonnant que la garantie de la solvabilité du débiteur d'une rente ne peut être exercée que dans les cinq ans qui suivent le partage (*a*).

Il n'y a même pas lieu à garantie, à raison de l'insolvabilité du débiteur, quand elle n'est survenue que depuis le partage consommé (article 886).

---

(1) *Des Successions*, liv. 4, chap. 1, n° 68.—(*a*) Le législateur, en restreignant en pareil cas à cinq ans la durée de l'action en garantie est évidemment allé trop loin. Aussi, je pense, avec M. Zachariæ, que cette disposition ne doit pas être étendue aux créances dont le capital est exigible, et que l'action en garantie qui prend sa source dans l'insolvabilité, au jour du partage, du débiteur d'une pareille créance, ne se prescrit que par trente ans à dater du partage. *V.* tome 4, § 625.

## SECTION V.

*De la rescision en matière de partage.*

SOMMAIRE.

569. Les partages peuvent être rescindés pour cause de violence, de dol et d'erreur de droit.
570. Pour cause de lésion au-delà du quart.
571. Comment on estime les objets pour savoir s'il y a lésion.
572. Le défendeur peut empêcher la rescision, en fournissant le supplément en numéraire.
573. La rescision fait rentrer les biens libres de toutes charges.
574. Mais les tiers possesseurs ou créanciers peuvent, comme l'héritier, payer le supplément en numéraire.
575. L'omission d'un objet n'est pas un motif de rescision, à moins qu'elle ne soit occasionnée par le dol d'un cohéritier.
576. Des partages dans lesquels sont intéressés des mineurs ou des absens.
577. Tout premier traité qui n'a pour objet que la division de la succession, est un partage sujet à rescision pour lésion.
578. De la vente des droits successifs.
579. Elle n'est point sujette à la rescision, quand elle est faite sans fraude.
580. La transaction faite après le partage sur des difficultés réelles, n'est pas sujette à rescision.
581. Les dispositions de cette section s'appliquent au partage des successions testamentaires et aux partages entre associés.
582. Où doit être portée l'action en rescision.
583. Quand elle n'est pas recevable pour cause de dol ou de violence.
584. Quand elle est prescrite.
585. De quel jour court la prescription contre la rescision des partages à l'égard des mineurs ou interdits.
586. De la lésion en fait de partage.

569. Les partages peuvent être rescindés pour cause de violence ou de dol (887). C'est dans le tit. 3 que nous expliquerons ces moyens de rescision communs à tous les actes. Nous y prouverons, chap. 2, sect. 31, qu'un partage peut être rescindé pour cause d'erreur de droit, lorsque, par exemple, croyant que mon neveu, qui se présentait, avait droit comme moi à la succession de son cousin germain, je ne l'ai point écarté du partage. Ma volonté n'ayant point été de lui donner des biens qui étaient à moi, et le partage n'étant point un titre translatif de propriété, cet acte reste sans cause, ou ne repose que sur une cause fausse; il en résulte que je puis répéter les biens qui n'ont passé que par erreur entre les mains de mon neveu, parce qu'il n'a aucun titre pour les retenir. Nous appuierons cette doctrine, fondée en raison et puisée dans le droit romain, sur l'autorité du sage Domat, du chancelier d'Aguesseau, de Pothier, et sur l'ancienne jurisprudence des arrêts. Il ne faut donc pas regarder comme limitative la disposition de l'art. 887, qui met la violence et le dol au nombre des moyens qui peuvent fonder la rescision d'un partage.

570. Il peut aussi y avoir lieu à rescision, lorsqu'un des cohéritiers prouve qu'il existe, à son préjudice, une lésion de plus du

quart (887). Cette disposition, conforme à l'ancienne jurisprudence, est fondée sur ce que l'égalité est de l'essence des partages, dont les opérations ne sont, par leur nature, qu'une espèce de compte où il s'agit de délivrer à chacun ce qui lui est dû, et où par conséquent l'erreur doit être réparée (1), parce qu'elle n'est guère considérée que comme une erreur de calcul. C'est par cette raison que, dans certaines coutumes (2), la rescision d'un partage était admise pour la lésion la plus modique. Le Code a fixé cette lésion à plus du quart, pour ne pas rendre les procès trop fréquens. Par exemple, il y a lieu à rescision, si celui qui devait avoir 40,000 fr. n'a qu'une valeur de 29,999 fr.

571. Pour juger s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage (890) (3). L'augmentation ou la diminution qui a pu survenir dans le prix des biens entre le partage et la demande en rescision, ne doit point entrer en considération. Les biens doivent être estimés en l'état où ils étaient lors du partage, sans avoir égard aux améliorations ou dégradations faites postérieurement, et suivant la valeur qu'ils avaient à cette époque.

572. Le défendeur à la demande en rescision peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage, en offrant *et en fournissant* au demandeur le supplément de sa portion héréditaire, soit en numéraire, soit en nature (891). S'il le fournit en numéraire, il doit les intérêts du jour de la demande; s'il le fournit en biens héréditaires, il doit restituer les fruits à compter du même jour.

Mais cette faculté d'empêcher un nouveau partage, en fournissant un supplément en numéraire, ne paraît point étendue au cas où la rescision est demandée pour cause de dol ou de violence; car l'article 891 est évidemment une suite du précédent, qui ne s'applique qu'au cas de la lésion. C'était aussi l'opinion des auteurs sous l'ancienne jurisprudence (4), et cela est fondé sur la justice, qui ne per-

---

(1) Lebrun, *des Successions*, liv. 4, chap. 1, no 53.— (2) En Bretagne. *V.* Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 4, page 180. — (3) Lebrun, *ubi suprà*, no 61. — [Le juge est autorisé à faire lui-même cette estimation, et à prononcer la rescision sans expertise préalable, lorsque la lésion lui paraît suffisamment résulter des pièces et documens du procès. Rej. 2 mars 1837, Sirey, 37, 1, 985, Dalloz, 37, 1, 280, Journ. du Palais, tome 2, 1837, page 39. Comp. 29 mai 1843, J. du Palais, t. 2, 1843, p. 392. Il est également autorisé à ordonner une expertise, quoique le demandeur n'ait allégué aucun fait assez vraisemblable et assez grave pour la faire supposer. Montpellier, 10 fév. 1841, Sir., 41, 2, 220, J. du Palais t. 2, 1841, p. 21. *Secùs* Montpellier, 28 juill. 1830, Sir., 31, 2. 92, Dall., 31, 2, 37. Mais d'un autre côté, le juge peut aussi, sans recourir à la voie de l'expertise, rejeter la demande en rescision lorsqu'il ressort des circonstances de la cause que la lésion n'existe pas. Rej. 8 déc. 1833, Sirey, 34, 1, 31, Dall, 34, 1, 38. *V.* aussi l'arrêt précité de Montpellier du 10 fév. 1841.— (4) *V.* Lebrun, liv. 4,

met pas qu'on puisse retirer aucun avantage de son dol : *Nemini fraus sua patrocinari debet.*

573. L'aliénation des biens qui ont fait l'objet du partage, n'empêcherait pas la demande en rescision pour cause de lésion, et les biens rentreraient dans le nouveau partage libres des hypothèques et autres charges créées par celui qui les aurait aliénés, parce que ceux qui n'ont sur un immeuble qu'un droit sujet à rescision, ne peuvent consentir que des droits soumis à la même rescision (2125). Leg. 54, *ff. de R. J.* (1).

574. Mais les tiers possesseurs, les créanciers et tous autres au profit desquels il a été constitué des droits sur les immeubles, ont, comme l'héritier contre qui la rescision a été prononcée, la faculté de fournir le supplément en numéraire. C'est ce qui résulte de l'art. 1166, qui permet aux créanciers d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.

575. La simple omission d'un objet de la succession ne donne pas ouverture à l'action en rescision, mais seulement à un supplément à l'acte de partage (887), à moins que cette omission ne soit occasionnée par le dol du défendeur en rescision.

576. Les partages dans lesquels sont intéressés des mineurs ou des absens n'étant réputés que provisionnels, lorsqu'on n'y a point observé les formalités prescrites (840), il suffirait, sans recourir à la voie de la rescision, de demander un partage définitif; mais la rescision pourrait être demandée contre le partage réputé provisionnel, si le mineur ou l'absent y avait été lésé. Mais cette disposition n'est établie qu'en faveur des mineurs (*voy.* l'article 466) (*a*).

577. La loi ne veut pas qu'on puisse éluder la rescision pour cause de lésion, en donnant au partage le titre ou la forme d'un autre contrat. L'action en rescision est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers (*b*), encore qu'il

---

chap. 1, n° 63. — [*V.* aussi Chabot, sur l'art. 891, n° 4, Zachariæ, tome 4, § 626, Agen, 21 janvier 1836, Sirey, 36, 2, 266, Dalloz, 36, 2, 121.]

(1) C'est aussi l'opinion de M. Chabot, tome 3, page 700. — [*V.* aussi Zachariæ, tome 4, § 626. Comp. toutefois Delvincourt, tome 2, n° 3 de la page 52.] —(*a*) *V.* n° 413 ci-dessus et la note.— (*b*) C'est-à-dire soit d'une manière absolue et à l'égard de tous les cohéritiers, soit d'une manière relative, et à l'égard seulement de quelques-uns d'entre eux. Zachariæ, tome 4, § 626, texte et note 11, Toulouse, 6 décembre 1834, Sirey, 35, 2, 285. Rej. 2 mars 1837, Sirey, 37, 1, 985, Dalloz, 37, 1, 280, Journ. du Palais, tome 2, 1837, page 39, Montpellier, 17 décembre 1840, Journ. du Palais, t. 1, 1841, p. 688. *Secùs* Montpellier, 6 mai 1831, Sirey, 31, 2, 278, Dalloz, 31, 2, 214. Rej. 15 décembre 1832, Sirey, 33, 1, 394, Dalloz, 33, 1, 104... pour la totalité ou pour partie des objets héréditaires. Merlin, *Répertoire*, v° Lésion, § 4, n° 7, Duranton, tome 7, n° 576, Zachariæ, *loc. cit.*, Nîmes, 30 messidor an 13, Sirey, *Collect. nouvelle*, 11, 2. 75, Lyon, 27 décembre

fût qualifié de vente, d'échange, de transaction ou de toute autre manière (888) (*a*). Tout premier traité fait entre des cohéritiers, lorsqu'il n'a pour objet que la division de la succession, a le simple caractère de partage.

578. On en concluait, dans l'ancienne jurisprudence, que la vente de droits successifs, que l'on appelait aussi vente d'un *quidquid juris*, c'est-à-dire de tous les droits qu'on avait dans l'hérédité, quoiqu'elle ne fût pas soumise à la rescision pour lésion d'outre moitié, lorsqu'elle était faite à un étranger, à cause de l'incertitude de la perte ou du gain qui est attachée à de pareils contrats, et qui les rend aléatoires par leur nature, était sujette à la rescision pour simple lésion, lorsque la vente était faite à un cohéritier, parce qu'un pareil contrat a le caractère de la licitation ou de partage (1).

579. Cette jurisprudence est abrogée par le Code civil.

L'action n'est pas admise aujourd'hui contre une vente de droits successifs, faite *sans fraude* à l'un des cohéritiers, *à ses risques et périls*, par ses autres cohéritiers ou par l'un d'eux (889).

Mais remarquez que le Code exige que la vente ait été faite *sans fraude*.

Il y aurait fraude, par exemple, si l'acquéreur des droits successifs avait seul connaissance des forces de la succession, qu'il a laissé ignorer au vendeur (2). La question de savoir s'il y a fraude dans

---

1835, Dalloz, 1837, 2, 98. Remarquons toutefois que l'action en rescision ne devrait être admise contre un partage partiel, qu'autant qu'il ressortirait de la combinaison des différens partages auxquels il aurait déjà été précédé, lors de l'introduction de cette action, une lésion de plus du quart calculée sur la valeur totale des objets compris dans ces partages. Zachariæ; *loc. cit.*. Rouen, 4 décembre 1838, Sirey, 39, 2, 191, Dalloz, 39, 2, 101. Rej. 27 avril 1841, 1, 388, Journ. du Palais, tome 1, 1841, page 679.

(*a*) L'art. 888 ne s'applique pas seulement au cas où la transaction est fausse et simulée, mais encore à celui où l'acte contient, en effet, une véritable transaction sur des difficultés réelles et sérieuses. A cet égard la loi ne fait aucune distinction. Cassation 12 août 1829, Sirey, 29, 1, 427, Dalloz, 27, 1, 332. —(1) *V* Duparc-Poullain, *Principes du droit*, tome 8, page 65, Pothier, du *Contrat de vente*, n° 341, Guyot, *Traité des fiefs*, tome 1, pages 20 et 37. *Secùs* Lebrun, liv. 4, chap. 1, n° 57.— (2) Lebrun, *ubi suprà*, n° 58. — [*Sic* Chabot, sur l'art. 889, n° 2, Delvincourt, tome 2, note 8 de la page 58, Zachariæ, tome 4, § 626, n° 15, Toulouse, 23 juin 1841, Dalloz, 41, 2, 2, 17, Limoges, 3 décembre 1840, Dalloz, 42, 2, 99. On devrait même considérer comme entachée de fraude dans le sens de l'art. 889, la cession de droits successifs intervenue entre des parties qui, également bien renseignées sur la consistance de l'actif et du passif de l'hérédité, auraient, en déclarant que la cession a été faite aux risques et périls du cessionnaire, cherché à masquer un véritable partage sous la forme d'une convention aléatoire. *V.* le § suivant, Zachariæ, *loc. cit.*; Duranton, tome 7, nos 573 et 574; Belost-Jolimont, sur Chabot, obs. 1, sur l'art. 889, Lyon, 2 avril 1819, Sirey, 20, 2, 269, Toulouse, 6 décembre 1834, Sirey, 35, 2, 285, Lyon, 29 janvier 1836, Sirey, 36, 2, 238, Dalloz, 37, 2, 45. Rej. 9 juillet 1839, Sirey, 39, 1, 566. Dalloz, 39, 2, 290, Journ. du Palais, tome 2, 1839, page 69.]

une pareille vente est abandonnée à la sagacité des magistrats.

On peut dire qu'il y a fraude toutes les fois que l'acquéreur ne court pas de risques, par exemple, si le vendeur restait chargé du paiement des dettes (*a*). Il faut encore que le vendeur ait cédé tous ses droits successifs, c'est-à-dire tous les droits qu'il a dans l'hérédité, ou, comme on dit, son *quidquid juris* (1).

S'il n'avait vendu que sa part dans les immeubles à partager, cette vente serait soumise à la rescision pour lésion au-dessus du quart.

580. Si tout premier traité fait entre cohéritiers est considéré comme un partage; quand même il serait qualifié de transaction, il en est autrement après le partage ou après l'acte qui en tient lieu : l'action en rescision n'est plus alors admissible contre la transaction faite sur les *difficultés réelles* que présentait le premier acte, quand même il n'y aurait pas eu à ce sujet de procès commencé (888).

Ce principe est important pour la paix des familles; mais le Code exige qu'il y ait des difficultés *réelles* sur lesquelles on ait transigé, quoiqu'il n'y eût pas de procès commencé.

On retomberait dans l'inconvénient qu'on a voulu prévenir, si, en supposant des difficultés qui n'existent pas, on pouvait consacrer l'inégalité, en faisant renoncer l'héritier lésé à la rescision par une transaction imaginaire, signée quelquefois au moment même ou le lendemain du partage, quoique d'une date postérieure : un pareil

---

(*a*) Il faut, en effet, pour que l'action en rescision ne soit pas admise, que la cession constitue une véritable convention aléatoire. *V.* rej. 11 février 1835, Sirey, 35, 1, 952, Dalloz, 35, 1, 163. Comp. Limoges, 19 novembre 1819, Sirey, 20, 2, 81, Dalloz, 12, 924. L'énonciation, insérée dans un acte de vente de droits successifs, intervenue entre cohéritiers, que la vente est consentie aux risques et périls de l'acquéreur, n'exclut pas l'action en rescision pour lésion, si en fait il n'y avait aucune apparence de risques. Toulouse, 6 décembre 1834, Sirey, 35, 2, 285. Comp. Lyon, 2 avril 1819, Sirey, 20, 2, 269. Une vente de droits successifs consentie par un cohéritier à un autre héritier, n'est pas susceptible de rescision pour cause de lésion, encore bien qu'il ne soit pas formellement exprimé qu'elle a été faite aux risques et périls de l'acquéreur, si d'ailleurs il résulte des différentes clauses de l'acte, dont l'appréciation appartient aux juges du fond, que la vente a été en réalité faite à forfait, et sous la condition des risques et périls du cessionnaire Rej. 3 juin 1840, Sirey, 40, 1. 896, Dalloz, 40, 1, 249, Journ. du Palais, tome 1, 1840, page 510. *V.* cependant Toulouse, 3 mars 1830, Sirey, 30, 2. 322. C'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier d'une manière souveraine si la cession de droits successifs constitue un partage véritable ou une convention aléatoire. Dijon, 9 novembre 1829, rapporté avec l'arrêt de rej. du 22 août 1831, Sirey, 31, 1, 327. Rej. 9 juillet 1839, Sirey, 39, 1, 566, Dalloz, 39, 2, 290, Journ. du Palais, tome 2, 1839, page 69, *id.*, 8 février 1841, Journ. du Palais, t. 1, 1841, p. 652. — (1) Celui qui vend tous ses droits héréditaires dans une succession contre laquelle il a personnellement des créances ou autres droits à exercer, conserve tous ses droits, quoiqu'il ne les ait pas réservés dans l'acte de vente. Lebrun, *ubi suprà*, no 59.

acte serait annulé comme frauduleux, et n'empêcherait point la rescision.

Mais si, même avant le partage, il s'était élevé des contestations réelles relatives aux droits respectifs des prétendans à la succession, par exemple sur leur qualité, sur la portion qui doit appartenir à chacun, etc., la transaction, quoique faisant cesser l'indivision, peut être irréfragable et non soumise à la rescision pour lésion (1).

581. Ces principes, quoiqu'ils soient placés au titre des successions légitimes, s'appliquent néanmoins aux partages des successions testamentaires, et à toutes les personnes qui tiennent lieu d'héritiers, *quæ hæredis loco habentur*. Leg. 128, *ff. R. J.* Ils s'appliquent même aux partages entre associés (1872).

582. La demande en rescision contre un partage fait entre cohéritiers, doit être portée devant le tribunal civil du lieu de l'ouverture de la succession (*a*).

583. Elle n'est plus recevable pour cause de dol ou de violence, si le demandeur a aliéné les biens qu'il avait reçus en partage, postérieurement à la découverte du dol ou à la cessation de la violence (892) (*b*) : cette fin de non-recevoir ne s'applique point à la demande en rescision pour lésion (*c*).

---

(1) *V.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 7 février 1809, Sirey, t. 9, p. 210 et suiv.; Chabot, tome 3, page 709 et suiv.— [*V.* aussi Duranton, tome 7, nº 580; Zachariæ, tome 4, § 626, texte et note 17; Championière et Rigaud *Traité des droits d'enregistrement*, tome 3, 2720, Nîmes, 30 juin 1819: Sirey, 20, 2, 268, Amiens, 10 mars 1821; Sirey, 22, 2, 239, Nîmes, 23 juin 1829; Sirey, 30, 2, 44. Rej. 14 mars 1832; Sirey, 32, 1, 297; Dalloz, 32, 1, 111, *id.*, 3 décembre 1833, Sirey, 34, 1, 31, Dalloz, 34, 1, 58. Comp. Cass. 12 août 1829, Sirey, 29, 1, 427, Dalloz, 29, 1, 332. Rej. 16 février 1842, Sirey, 42, 1, 33, 7, J. du Palais, tome 1, 1842, page 485. L'action en rescision pour cause de lésion est ouverte contre un partage judiciaire, lorsque la justice n'est intervenue que pour homologuer. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si les opérations du partage ont présenté à juger quelque différend à la suite duquel il ait été rendu un jugement passé en force de chose jugée, les résultats de ce jugement sont irrévocablement acquis aux parties intéressées, et l'action en rescision n'est recevable que sous la condition de n'y porter aucune atteinte. Rej. 11 juin 1838, Sirey, 38, 1, 831, Dalloz, 38, 1, 265, Lyon, 26 janvier 1841, Dalloz, 42, 2, 225, Journ. du Palais, tome 1, 1842, page 398.]— (*a*) *Sic* Chabot, sur l'art. 822, nº 2. *V.* toutefois Duranton, tome 7, nº 136. — (*b*) La fin de non-recevoir n'est pas applicable au cohéritier qui a été exproprié. Zachariæ, t. 4, § 626, et Grenoble, 8 mai 1835, Sirey, 35, 2, 554, Dalloz, 36, 2, 87. — (*c*) *Sic* Paris, 6 avril 1807, Sirey, 7, 2, 1041, Bourges, 25 avril 1826, Sirey, 27, 2, 41, Dalloz, 27, 2, 48, Bordeaux, 6 juillet 1826, Sirey, 27, 2, 9, Toulouse, 24 novembre 1832, Sirey, 33, 2, 316, Dalloz, 33, 2, 89. Rej. 24 janvier 1833, Sirey, 33, 1, 209, Dalloz, 33, 1, 110, Agen, 21 janvier 1836, Sirey, 36, 2, 266. Dalloz, 36, 2, 121, Bordeaux, 26 juillet 1838, Sir., 39, 2, 54, Dall., 39, 2, 67, J. du Palais, t. 1, 1839, p. 35, Nîmes, 22 mars 1839, Sirey, 39, 2, 461, Dalloz, 39, 2, 157, Merlin, *Répertoire*, vº Lésion, § 6, Duranton, tome 7, nº 589. Comp. toutefois Grenoble, 8 juillet 1822, Sirey, 25, 2, 405, Poitiers, 10 juin 1830, Sirey, 30, 2, 209, Dalloz, 30, 2, 272, Grenoble, 17 juin 1831, Sirey, 32, 2, 247, Dalloz, 31, 2, 245; Agen, 6 juin 1833, Sirey, 34, 2, 318,

584. La demande en rescision, pour quelque cause que ce soit, ne dure que dix ans à compter du contrat; et dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts; et pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage (1304).

585. Quant aux mineurs et aux interdits, quoiqu'en général la prescription de dix ans ne coure à leur égard que du jour de la majorité ou du jour où l'interdiction est levée (1304), il paraît qu'il en est autrement en ce qui concerne les partages, et qu'il faut distinguer entre ceux où les formalités requises n'ont point été observées, et ceux où elles l'ont été.

Si les formalités n'ont pas été observées, l'article 840 décide que les partages ne sont que provisionnels. Il n'est donc pas nécessaire d'en demander la rescision; il suffit de demander un partage définitif, et cette action dure trente ans (2262), puisqu'on ne trouve nulle part qu'elle soit soumise à une prescription plus courte.

Si les formalités prescrites ont été observées, l'art. 1314 dit positivement que les mineurs ou les interdits sont, relativement à ces partages, comme *s'ils les avaient faits en majorité* ou avant l'interdiction. La prescription de l'action en rescision, pour simple lésion, court donc contre eux comme contre les majeurs, du jour du partage : c'est ici un cas spécial qui déroge à la disposition générale de l'art. 1304, qu'on trouve dans la même section. S'il en était autrement, la condition des majeurs qui ont des partages à faire avec des mineurs serait fort à plaindre; l'action en rescision contre les partages les plus réguliers pourrait durer plus de trente ans (*a*).

586. « Pour juger s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant « leur valeur à l'époque du partage (art. 890). » Le mode et la forme de l'estimation sont réglés par le Code de procédure, liv. 2, 1re part., tit. 14 (*b*).

---

Dalloz, 34, 2, 75, Delvincourt, tome 2, note 2 de la page 158, Chabot, sur l'article 892, no 2. D'après MM. Aubry et Rau, tome 4, § 626, texte et notes 32 et 33, « une pareille aliénation pourrait, suivant les circonstances, dont l'appréciation est entièrement laissée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, être considérée comme constituant de la part de celui qui l'a consentie en connaissance de cause une renonciation à l'action en rescision qui lui compétait. » Cette opinion me paraît très raisonnable. Comp. Duranton, *loc. cit.*, rej. 16 février 1830, Sirey, 30, 1, 88, Dalloz, 30, 113, Grenoble, 8 mai 1835, Sirey, 35, 2, 554, Dalloz, 36, 2, 87.

(*a*) *V.* toutefois tome 7, no 583 et les notes.— (*b*) *V.* no 571 et la note.

# TABLE DES TITRES ET CHAPITRES.

## LIVRE TROISIÈME.

*Des différentes manières dont on acquiert la propriété.*


Pages.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.. . . . . 1

TITRE I.

*Des successions.*

NOTIONS PRÉLIMINAIRES..... 35

CHAPITRE PREMIER.

De l'ouverture des successions et de la saisine des héritiers..... 38

SECTION PREMIÈRE.

De l'ouverture des successions.. *ibid.*

SECTION II.

De la saisine des héritiers..... 51

CHAPITRE II.

Des qualités requises pour succéder..... 55

SECTION PREMIÈRE.

Des incapacités de succéder..... 56

SECTION II.

De l'indignité de succéder..... 67

CHAPITRE III.

Des divers ordres de succéder.... 74

§ I. Quel est le fondement du droit de succéder? Est-il fondé sur le droit naturel?.. ..... 75

§ II. Quel principe doit suivre la loi civile en réglant l'ordre des successions..... 81

§ III. Quel était autrefois le système de succession suivi en France, dans les pays de droit écrit..... 83

§ IV. Quel était le système de succession suivi dans les pays coutumiers, et de la règle *paterna paternis*, etc.. ..... 84

§ V. De l'ordre de succéder adopté par la loi du 17 nivôse an II.. 87

§ VI. Du projet de Code et de sa discussion au Conseil d'état..... 88

§ VII. Si le droit de Justinien et le Code civil, en établissant les différens droits de succéder, ont suivi pour règle l'affection présumée du défunt..... 92

SECTION PREMIÈRE.

Notions et dispositions générales sur les divers ordres de succession ..... 95

§ I. De la parenté... ..... *ibid.*

§ II. Suite des notions et dispositions générales sur les divers ordres de succession. ..... 104

SECTION II.

De la représentation et de la transmission..... 108

SECTION III.

Des successions déférées aux descendans..... 119

SECTION IV.

Des successions déférées aux ascendans..... 121

SECTION V.

Des successions collatérales..... 123

SECTION VI.

Du droit de retour ou de réversion 132

CHAPITRE IV.

Des successions irrégulières.... . 145

SECTION PREMIÈRE.

Des droits des enfans naturels sur les biens de leurs père et mère, et du droit de succéder aux enfans naturels décédés sans postérité..... *ibid.*

SECTION II.

Des droits du conjoint survivant et de l'État. ..... 174

SECTION III.

Si le droit des héritiers irréguliers est irrévocable; quand et comment ils peuvent l'exercer ... ..... 175

CHAPITRE V.

De l'acceptation et de la répudiation des successions..... 203

SECTION PREMIÈRE.

De l'acceptation..... *ibid.*

SECTION II.

De la renonciation aux successions 215

SECTION III.

Du bénéfice d'inventaire, de ses effets et des obligations de l'héritier bénéficiaire... ..... .... 224

SECTION IV.

Des successions vacantes..... .. 246

CHAPITRE VI.

Du partage et des rapports... ... 250

SECTION PREMIÈRE.

De l'action en partage, de sa forme, et de la faculté d'écarter du partage celui à qui l'un des héritiers a cédé son droit ..... *ibid.*

§ I. De l'action en partage et de sa forme ..... ..... *ibid.*

Pages.
§ II. De la faculté d'écarter du partage celui à qui l'un des héritiers a cédé son droit..... 269
SECTION II.
Des rapports..... 283
§ I. Par qui et quand le rapport est dû..... *ibid.*
§ II. A qui le rapport est dû..... 289
§ III. Quelles choses sont ou ne sont pas sujettes à rapport..... 293
§ IV. Comment se font les rapports..... 317
§ V. Quels sont les effets du rapport..... 324
SECTION III.
Du paiement de dettes..... 327
§ I. Des actions des créanciers.. *ibid.*
Pages.
Art. I. De l'action personnelle et des personnes contre qui elle peut être dirigée..... 327
Art. II. De l'action hypothécaire.. 342
Art. III. Des autres droits que la loi donne aux créanciers sur les biens de la succession, et de la séparation des patrimoines..... 344
§ II. De la contribution qui se fait entre les personnes obligées aux dettes d'une succession..... 351
SECTION IV.
De l'effet du partage et de la garantie des lots..... 357
SECTION V.
De la rescision en matière de partage..... 362

FIN DE LA TABLE DES TITRES ET CHAPITRES DU TOME QUATRIÈME.

00078703

Digitized with financial assistance from the
Government of Maharashtra
on 18 July, 2018